



**RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES DE
SOCIEDADES PREVISTO EN LA LEY 222 DE 1995, COMPARACIÓN CON EL
RÉGIMEN DE OTROS PAÍSES Y SU ASEGURAMIENTO**

MARIA CAMILA ESCOBAR LOPEZ

SEBASTIAN MOLINA CORREA

**Monografía presentada como requisito parcial para optar al título de
Abogado**

ASESOR:

ANDRES FELIPE URIBE MESA

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN, COLOMBIA**

2017

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA	6
1.1. Desarrollo de la responsabilidad civil de los administradores en Colombia:..	6
1.1.1 Carácter de Administrador.....	15
1.1.2 Deberes de los administradores	17
1.1.3. Fuentes de las obligaciones de los administradores	22
1.1.4 Exoneración de responsabilidad:	22
1.1.5 Acciones en contra de los administradores.	22
1.1.5.1 Acción Social de responsabilidad.....	23
1.1.5.2 Acción individual	24
1.1.5.3 Acción individual de terceros.....	25
1.1.5.4 Acción individual de socios	25
1.1.6 El administrador de hecho.....	26
CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES	34
2.1 Derecho Estadounidense	35
2.1.1. Sociedades de personas (Partnership o general partnership).....	37
2.1.2. Sociedad de Capitales (Corporation).....	39
2.1.3. Régimen de responsabilidad de los administradores	41
2.1.3.1. Regla de la discrecionalidad (bussiness judgement rule)	42
2.1.3.2. Deber de cuidado	43
2.1.3.3 Deber de lealtad	44
2.2 Derecho Alemán	46
2.2.1 Bussines Judgment Rule.....	49
2.2.2 Acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad	53
2.2.3 Seguros D & O	53
2.3 Derecho Francés	55
2.3.1 La lealtad contractual	61

2.3.1.1 Obligación información.....	62
2.3.1.2 Obligación de confidencialidad.....	64
2.3.1.3 Obligación de seguridad	64
2.3.2 Lealtad del contratante profesional	65
2.3.2.1 Obligación de vigilancia.....	65
2.3.2.2 Obligación de transparencia.....	65
2.3.2.3 Obligación de perseverancia.....	66
2.3.2.4 Obligación de fidelidad	66
CAPÍTULO III SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES	68
3.1 Interés asegurable	72
3.2 El riesgo asegurable	72
3.3 Prima	73
3.4 Principio indemnizatorio.....	74
3.5 Tomador	75
3.6 Asegurado	76
3.7 Beneficiario	77
3.8 Aseguradora	78
3.9 Características propias del seguro de D&O.....	78
CONCLUSIONES	85

INTRODUCCIÓN

Recientemente en Colombia, hablar de responsabilidad ha tomado fuerza en todos los campos del saber jurídico. En ese marco, el legislador, las autoridades administrativas y el aparato judicial han venido desarrollando el régimen de la responsabilidad en las distintas áreas del derecho, en la medida en que se presentan nuevos casos, tanto así que se ha discutido sobre la posibilidad de que exista incluso responsabilidad aún frente a la ausencia de daños¹.

En un contexto como el actual, puede afirmarse que las sociedades han pasado a ser los principales agentes económicos del mercado, prevaleciendo ante figuras como el comerciante individual, y la cerrada o pequeña empresa familiar y por ello se hace relevante preguntarse por los esquemas de responsabilidad de esos entes y de las personas que los administran. En general, el mercado actual está en manos de las sociedades que sirven como instrumentos para la concentración de diversos capitales o aportes en un solo patrimonio, con una relevancia social claramente marcada, pues confluyen no solo los intereses de la persona jurídica misma, sino que a su alrededor giran intereses como el de los empleados, accionistas, el Estado, entre otros. Al respecto, se tiene que estos agentes económicos, son administrados por personas, las cuales tienen un poder de decisión alto, y cuyas determinaciones pueden llegar a ser muy influyentes, pues no solo afectan sus propios intereses, sino que inciden directamente en las sociedades o empresas que representan o administran; sobre los socios, proveedores (terceros con los cuales se tiene relaciones comerciales), empleados y la sociedad en general.

Estas circunstancias han creado la necesidad que el ordenamiento jurídico establezca para ellos unas reglas o regímenes especiales, más estrictos en

¹ Al respecto puede consultarse Cfr. TRONCOSO, María Isabel El principio de precaución y la responsabilidad civil. En: Revista de derecho privado, No 18 (2010), p. 205 a 220.

materia de responsabilidad. De allí, surge la Ley 222 de 1995, la cual ha construido todo un régimen jurídico de los administradores, encargado de definir quiénes se consideran como administradores, cuáles son sus deberes, y en general cuales son los elementos especiales para fundamentar la obligación de reparación un daño causado por su acción u omisión.

Con este trabajo pretendemos, a través de un estudio y análisis al régimen general de la responsabilidad de los administradores, presentar el estado del arte de cómo estos actores pueden verse inmersos en un proceso de responsabilidad, respondiendo con su propio patrimonio por los detrimentos, daños, perjuicios o menoscabos que originen a la sociedad que representan, a los socios de la misma o incluso a terceros con motivo del ejercicio de actividades propias de su cargo.

En segundo lugar, realizaremos un estudio y análisis de derecho comparado de los regímenes de responsabilidad que se encuentran consagrados en otros ordenamientos jurídicos, con el fin de determinar si nuestro régimen se encuentra actualizado y es similar a aquellos otros.

Por último, abordaremos un aspecto muy relevante en los negocios como es la transferencia de los riesgos económicos a un tercero, en este caso, a una aseguradora, a través de una póliza de responsabilidad de directores o administradores (D&O). En ese momento se analizarán los elementos principales de la póliza D&O para darle un mejor entendimiento a los lectores y una mejor comprensión de la manera en que opera este tipo de seguro y su importancia en las compañías actuales.

CAPÍTULO I: ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES EN COLOMBIA

1.1. Desarrollo de la responsabilidad civil de los administradores en Colombia:

Ser responsable es, de manera preliminar, soportar las consecuencias de los propios actos. En materia jurídica, la responsabilidad es un tipo particular de obligación, que surge a cargo de quien causa un daño a otro, con un hecho (Acción u omisión) que le es imputable, y que tiene como objeto la reparación del daño.

Antes de la Ley 222 de 1995, el régimen de responsabilidad civil de los administradores se encontraba incluido en el régimen general de responsabilidad civil de los Artículos 2341 y siguientes del Código Civil. En ese sentido, los principios básicos de la responsabilidad civil eran comunes a los distintos agentes, sin tener en cuenta la calidad de la persona a quien se le imputaba responsabilidad en un caso concreto. Así pues, en virtud de lo establecido en el Código Civil, la responsabilidad se basaba en la actuación culposa del agente², distinta a la que tendría el buen padre de familia, que llevaba a un resultado dañino para la sociedad o sus accionistas.

Sin embargo, por lo especial de las funciones de los administradores surgían varias discusiones sobre la aplicación del régimen general de responsabilidad civil

² Tanto en su modalidad de culpa como en su modalidad de dolo.

Cfr. Código Civil. "Artículo 63. Culpa y dolo: La Ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa Grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa Leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia y cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia y cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

y la forma como los administradores debían responder por los daños causados por su acción u omisión. Así, por ejemplo, frente a la institución de la solidaridad, el Código Civil no contemplaba expresamente si la responsabilidad de los distintos administradores era solidaria o no³.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1995, era necesario remitirse y tomar en consideración lo dispuesto en el Artículo 200 del Código de Comercio, según el cual: “Los administradores responderán de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos”.⁴ Aquella norma, se limitaba a reiterar el principio general de la responsabilidad civil según el cual quien cause un daño a un tercero a título de dolo o culpa tendrá que resarcirlo , y por tanto era razonable interpretar que en el evento en que el administrador causara un daño a la sociedad, a los terceros o a los socios, ya fuera por culpa o dolo, se analizaría bajo la regulación establecida en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil cuando se considerara como dolo o culpa contractual y por las normas del Título XXXIV del Libro Cuarto del Código Civil cuando se considerara como dolo o culpa extracontractual.

Bajo ese marco, existía cierto consenso en que la regulación era insuficiente. Lo anterior, en tanto se empezó a cuestionar la eventual responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales por sus acciones u omisiones, con la idea que en la sociedad moderna, los administradores cuentan con un altísimo poder de decisión y con una gran influencia, donde sus decisiones no solo afectan su propio interés, sino que impactan tanto a las sociedades donde ejercen su

³ BARRERA VALLEJO, Maria Paula y MORA CORREDOR, Jimena. Aplicabilidad del seguro de responsabilidad civil para directores y administradores en el sector público. Tesis de grado Abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003, p. 35.

⁴ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial Bogotá, D.C., 1971. no. 33339.

labor, como a sus socios, sus trabajadores y a la sociedad en general⁵. Así las cosas, se tornaba natural que la responsabilidad que se debía exigir a estas personas fuese aún más rigurosa que la responsabilidad del régimen general del Código Civil que se dictó en una época muy distinta a la actual y para la cual es insuficiente el modelo del buen padre de familia.

Al respecto indicó el tratadista español José María Garreta Such:

Es lógico suponer que quien reúne en su seno tan gran poder estará, en contrapartida, sometido a una responsabilidad no menor; que cualquier acto que represente perjuicio para aquellos que, al menos en teoría, son titulares de la empresa a la que sirve, podrá ser revisado; que su actuación toda estará constantemente controlada por la ley en compensación a la ausencia de riesgo que supone en su patrimonio la gestión de estos intereses ajenos; que, en definitiva, la diligencia que deberá prestar será enérgicamente exigida⁶.

Partiendo de este panorama, el ordenamiento jurídico ha realizado un esfuerzo tendiente a regular específicamente toda la gestión y marco de acción de los administradores, especialmente para establecer el alcance de sus funciones y su responsabilidad, en los casos en que no cumplan con sus obligaciones o lo hagan negligentemente, y con ello se generen perjuicios a terceros en desarrollo de las mismas.

Bajo el contexto anterior, apareció la Ley 222 de 1995 la cual incorporó en nuestro sistema jurídico una completa regulación referente a la actuación de los administradores de sociedades mercantiles y específicamente sobre el alcance de su responsabilidad civil⁷. En dicha norma, no sólo se incluyó un listado de sujetos que deberían considerarse como administradores, sino que a su vez se consagraron los principios fundamentales que deben tener en cuenta en su

⁵ LAGUADO GIRARLDO, Darío. La responsabilidad de los Administradores. En: Vniversitas. Octubre, 2004. Vol. 54. no 108, p. 225-279.

⁶ PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa. En: Nuevos retos del derecho mercantil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000. p. 50. Citado por: LAGUADO GIRALDO. Op. Cit., p. 40.

⁷ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 39.

gestión, elevando a categoría legal unos deberes que debían ser cumplidos por ellos, so pena de ver comprometida su responsabilidad, no solo civil sino también penal, administrativa, fiscal, entre otras⁸.

En este sentido, la Ley 222 de 1995 reformó el texto del Artículo 200 del Código de Comercio, prescribiendo lo siguiente;

Artículo 200. Responsabilidad de administradores. Subrogado por el art. 24, Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el Artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar.

Si el administrador es persona jurídica, la responsabilidad respectiva será de ella y de quien actúe como su representante legal.

Se tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades ante dichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos⁹.

Con este cambio, se dio el punto de partida para ratificar que en materia de responsabilidad de los administradores, nos encontramos en presencia de un

⁸ Ibíd. p. 39

⁹ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial Bogotá, D.C., 1971. No. 33339.

régimen de responsabilidad civil especial, diferenciándolo de los sistemas clásicos de responsabilidad civil, contractual o extracontractual¹⁰.

Otro cambio fundamental que se presentó con la expedición la Ley 222 de 1995, fue el reemplazo del concepto principal del modelo tradicional de responsabilidad civil, alusivo al actuar de un buen padre de familia, dando paso a un modelo distinto, el de la buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios. Esta reforma se justificó así en segundo debate en el Congreso:

(...) La necesidad de abandonar los modelos tradicionales de responsabilidad referidos al buen padre de familia, que hoy resultan disueltos, para acoger como nuevo patrón el del correcto y leal empresario, ha llevado a proponer un acápite sobre administradores. Una mejor protección del crédito, del público, de los trabajadores y de los mismos socios hace indispensable detallar y precisar las funciones y responsabilidades de los administradores así como las consecuentes acciones de responsabilidad, puesto que es claro que tales funcionarios detentan hoy inmensos poderes y adoptan decisiones de profundas implicaciones sociales, que como es de esperar deben ceñirse a un estricto código de conducta, que resulta concordante con las normas de rendición de cuentas previstas en el capítulo de estados financieros.

De otro lado, el régimen propuesto representa un contrapeso al cambio de esquema en la inspección, vigilancia y control de las sociedades, lo que conlleva menos intervencionismo estatal.

Confiamos que con estas nuevas disposiciones no sea difícil, como hasta ahora, establecer las responsabilidades de los administradores y lograr el reconocimiento de las respectivas indemnizaciones, con la seguridad que a los buenos administradores el régimen no les impondrá obligaciones distintas de las que ya tienen (...) ¹¹.

En este sentido, el cambio fundamental de la norma fue pasar del concepto tradicional de culpa a un concepto mucho más riguroso, donde se reconoció la

¹⁰ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 39.

¹¹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ponencia para segundo debate a los Proyectos de ley número 119-93 Cámara acumulados: “por la cual se modifica el Código de Comercio, respecto al Régimen General de Sociedades, Revisoría Fiscal y Procesos concursales” (25, abril, 1995). Gaceta del Congreso, año IV. 1995. No. 61p. 4. Citado por: BERMÚDEZ GÓMEZ, Hernando. Auditoría y Control, reflexiones a la luz de la legislación. Bogotá, D.C.: Ediciones de La U, 2016. P. 454. ISBN 978-958-76-2605-6.

calidad especial de empresario, lo que le exige ciertas habilidades, aptitudes, características que no son iguales a las del padre de familia, pues las decisiones que adopten los administradores deben estar basadas en un grado de mayor diligencia pues sus funciones implican una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración.

Como lo explica Francisco Reyes Villamizar:

El nuevo enfoque establece un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así, las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones.

Ciertamente, el buen hombre de negocios, en algunas circunstancias, puede tener la alternativa de asumir riesgos en forma consciente y razonada. En efecto, el riesgo es, en alguna medida, propio de la vida de los negocios. Así, mientras que una parte de la actividad empresarial está asociada a la asunción de riesgos, las circunstancias de la vida familiar, a las que está expuesto el padre de familia, están más bien ligadas a la prevención del mismo. No quiere esto decir que el administrador que asume irresponsablemente las contingencias de pérdida quede, a la luz de las nuevas normas, indemne frente a las acciones de responsabilidad. La expresión buen hombre de negocios debe entenderse como aquella diligencia que pondría un comerciante normal en sus propios negocios¹².

Este cambio implicó un nuevo entendimiento de la figura de responsabilidad de administradores por parte de los distintos operadores jurídicos. Entre ellos, la Corte Constitucional reconoce el régimen de responsabilidad de los administradores como un sistema especial de responsabilidad, en el que se utiliza un mayor grado de diligencia y cuidado.

¹² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Bogotá, D.C.: Temis, 1996. p. 204 y 205. ISBN 958-35-0205-7. Citado por: BERMÚDEZ GÓMEZ. Op. Cit., p. 455

Así lo dijo el Tribunal en la sentencia C-123 de 2006:

Puede concluir la Corte, que en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad¹³.

El marco general anunciado, así como las reglas específicas que imponen deberes a los administradores, se complementan en la citada Ley 222, con las normas relativas a la responsabilidad solidaria¹⁴ e ilimitada en que éstos pueden ser acreedores por los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.

Así mismo, se consagró una presunción legal de culpa del administrador en los casos de incumplimiento o extralimitación de funciones, violación de la ley o de los estatutos, o cuando hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el Artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia¹⁵.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia realizó una descripción muy clara de las principales características de este régimen en sentencia del 26 de agosto de 2011, indicando:

¹³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-123. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (22, febrero, 2006). Expediente D- 5936. 2006.

¹⁴ El legislador tratando de garantizar el principio indemnizatorio, le dio la posibilidad al acreedor o víctima que sufrió el perjuicio, que le cobre a cada uno de los acreedores la totalidad de la deuda y cumplida por alguno de ellos, la obligación de los demás administradores que participaron en el hecho que dio origen al daño quedaría extinguida, esto siguiendo los lineamientos del Artículo 1568 del Código Civil. Lo anterior, sin perjuicio de que el administrador que realizó el pago pueda subrogarse en los derechos del acreedor contra los demás administradores que participaron en la ocurrencia del daño, por la parte que a cada uno le correspondía.

¹⁵ Ibíd.

Examinadas las normas que se ocupan del contrato de sociedad, en general, y las especiales de cada tipo societario, en conjunto con la que se deja reproducida, es dable visualizar que el legislador, además de la responsabilidad contractual fincada en el negocio jurídico que da origen a las sociedades comerciales y que vincula por igual a quienes lo celebran, estableció un régimen particular de responsabilidad en relación con sus administradores, que opera sólo respecto de ellos, nada más que en su condición de tales, y como consecuencia de las acciones u omisiones en que, mediando dolo o culpa, incurran al desempeñar dicha función, en razón del cual aquéllos deben responder por los perjuicios que ocasionen a la sociedad, sus socios o terceros, régimen que, cuando el administrador es una persona jurídica, se extiende solidariamente a su representante legal¹⁶. (Subrayas no son del texto)

Y continuó la Corte indicando:

Sin duda, se trata de un régimen especial de responsabilidad civil cuyo propósito es brindarle a sus beneficiarios un mecanismo particular de reparación frente a las actuaciones de los administradores que afecten ilegítimamente sus derechos, y que, por sus características, no puede, ni debe confundirse con la estrictamente contractual -derivada de los conflictos que puedan presentarse entre los socios y la sociedad o de aquellos entre sí, toda vez que dicha acción fue concebida como un instrumento adicional a ésta y porque la única razón de ser de la primera es el mandato expreso del legislador por el contrato social y la actuación de los administradores-, lo que significa que su configuración y su efectiva aplicación, en ningún caso, depende de la mera voluntad expresada en el contrato social, al punto que, como ya se transcribió, en el inciso final del Artículo 200 del Código de Comercio se dispuso que [s]e tendrán por no escritas las cláusulas del contrato social que tiendan a absolver a los administradores de las responsabilidades antedichas o a limitarlas al importe de las cauciones que hayan prestado para ejercer sus cargos¹⁷.

De lo expuesto por el órgano de cierre de la justicia ordinaria, pueden vislumbrarse las principales características de este régimen:

¹⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente: 05001-3103-016-2001-00007-01. 2011.

¹⁷ Ibíd.

- Se trata de un régimen particular de responsabilidad civil derivado del contrato social y de la actuación de sus administradores.
- Los sujetos que en ella participan están definidos en la ley.
- Los sujetos activos de la reparación son solamente la sociedad, los socios y los terceros con interés legítimo.
- Los sujetos pasivos de la obligación de reparación son quienes ostenten la calidad de administradores de la correspondiente persona jurídica, independientemente de que concurra en ellos la condición de socios.
- La responsabilidad se deriva, exclusivamente, de los actos dolosos o culposos que éstos cometan en desarrollo de la administración que ejerzan, es decir, que el factor de atribución de la responsabilidad es de naturaleza subjetiva;
- En los supuestos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos y de que los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el Artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la materia, se presume la culpabilidad de los administradores;
- Los administradores están llamados a responder en forma personal, autónoma e ilimitada, esto es, con total independencia de la responsabilidad que como consecuencia de esos mismos actos pueda desprenderse para la sociedad, como persona jurídica independiente tanto de sus socios como de sus administradores.
- El objetivo del régimen más estricto de responsabilidad es otorgar a los susodichos acreedores un medio de protección directa cuya utilización, desde luego, no excluye la responsabilidad orgánica de naturaleza contractual que pueda predicarse de la sociedad deudora¹⁸.

¹⁸ Lo anterior no significa que pueda entonces obtenerse una doble indemnización para un único daño, sino que el acreedor perjudicado tiene dos vías posibles de reclamación. Si la sociedad llega

Bajo esas premisas, la responsabilidad tiene ya un alcance limitado y cuando existan varios administradores en la causación de un daño deberán responder de manera solidaria.¹⁹ En virtud de este régimen de responsabilidad especial de administradores, ya no es necesaria la discusión sobre si estamos en presencia de una responsabilidad contractual o extracontractual, pues la forma de responder será igual, independiente de si existe un contrato o un vínculo previo (responsabilidad contractual) o simplemente un deber general de conducta (responsabilidad extracontractual).

Para concluir, hay que decir que la expedición entonces de la Ley 222 de 1995²⁰, permitió que en Colombia se abordara la responsabilidad de los administradores de sociedades bajo parámetros similares a los de otros ordenamientos jurídicos, tal como se verá en el desarrollo de la presente tesis.

1.1.1 Carácter de Administrador

A lo largo de lo que se ha venido exponiendo, se ha presentado que existe un régimen especial de responsabilidad para los administradores, sin hacer énfasis en quienes ostentan tal calidad.

Al respecto, en palabras de Lopez y Toro: “La figura del administrador resulta de gran importancia en el derecho societario, se trata de uno o varios sujetos que constituyen un órgano social al cual se le concede la facultad de administrar la misma. Es así como el administrador se funde con la sociedad que representa, es

a pagar por la culpa de su administrador, tiene la posibilidad de ejercer la acción social de responsabilidad contra este y resarcir sus perjuicios.

¹⁹ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 150.

²⁰ El objeto de la Ley 222 de 1995 fue seguir los lineamientos para la modernización del derecho societario en Colombia. Con la entrada en vigencia de este estatuto se incorporaron instituciones relevantes para el funcionamiento de las sociedades, tales como la escisión, el derecho de retiro, los grupos empresariales y los acuerdos de sindicación de acciones. La estructura legal de la Ley 222 de 1995 en relación con la responsabilidad de los directores y administradores comprende una definición de los sujetos de regulación, los principios generales de conducta a que deben someterse, los deberes legales específicos que se derivan del cargo, las responsabilidades por los perjuicios que se originen en sus actuaciones y las acciones judiciales, sean individuales o sociales que disponen los afectados por dichos actos, temas que trataremos a lo largo de este capítulo.

decir, sus actos se toman como actos de la persona jurídica”²¹.

En Colombia, el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995, trae consigo una definición o más bien una lista sobre quiénes son administradores incluyendo el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones²².

A falta de definición legal sobre lo que es un administrador (no sobre quiénes lo son), a nivel doctrinario se ha precisado que el administrador es aquel que desarrolla actos de gestión que se cumplen al interior de la sociedad para el desenvolvimiento de las actividades sociales, además de actos que impliquen representación que se relacionan con el desarrollo de actividades hacia el exterior de la sociedad y en las cuales manifiesta la voluntad de ésta que le permite la adquisición de compromisos o la celebración de contratos.

La numeración plasmada en la ley 222 sobre administradores no es de carácter taxativa, pues la misma incluye a quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. Así pues, también tienen el carácter de administrador los empleados que desempeñen funciones técnicas o administrativas de carácter similar a las que son propias de los administradores, aunque no exista previsión al respecto en los estatutos.

Al respecto, también la Superintendencia de Sociedades, esta vez en la Circular Externa 100-006 del 2008 expuso lo siguiente:

El encargado de dirigir cualquiera de las agencias de una sociedad ostenta

²¹ LÓPEZ ARANGO, Maria Alejandra & TORO HINCAPIE, Lina Marcela. Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios. Medellín, 2015, 75 p. Tesis (Derecho). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.

²² COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222. (20, diciembre, 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42156. En ese sentido, la ley 222 no consagró una lista taxativa sino enunciativa y por ello otras personas, diferentes a las enunciadas en el Artículo indicado, pueden ostentar tal calidad.

la condición de administrador de esa compañía dentro del ámbito del establecimiento de comercio que administra, aun cuando no sea representante legal ni miembro de su junta consejo directivo.

Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien esta investido de facultades administrativas²³.

1.1.2 Deberes de los administradores

La doctrina, al analizar los deberes de los administradores lo hace a través de diversas ópticas, pero sin duda tiene un carácter prevalente el análisis que se hace en el sistema del *Common Law*, donde se habla de deberes fiduciarios²⁴, que se traducen en generalmente en deberes de omisión: no competir con la sociedad, no hacer prevalecer sus intereses particulares sobre los de la sociedad, y no derivar beneficio directo o indirecto de negocios llevados a cabo por la sociedad.²⁵

Por su parte, la Ley 222 en su Artículo 23 establece lo siguiente:

Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán:

²³ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Circular Externa 100-006 del 2008

²⁴ Al respecto, puede verse: “enfoques del derecho angloamericano y del derecho colombiano. “ sin importar cuál tesis se acoja sobre la naturaleza jurídica de la relación existente entre la sociedad y los administradores, es indudable que se está en presencia una estrecha relación de confianza, que podemos calificar de “fiduciaria”, en de la cual se debe exigir a los últimos un nivel de comportamiento superior al que se les exigiría frente a terceros. Esto implica la imposición de los deberes de cuidado y lealtad en su más alta expresión”. CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales. En: Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes. vol. 1 (junio, 1986). p. 123 - 141

²⁵ DIRECTOR`S AND OFFICER`S LIABILITY INSURANCE, report by advanced study group. No. 226 of the Insurance Institute of London, October 1986, p. 5 a 13.

1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo objeto social.
2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.
3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.
4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.
5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada.
6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.
7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea²⁶ general de accionistas²⁷.

Al analizar la disposición en cita, podemos afirmar que los deberes están divididos en dos tipos: los principios generales y los deberes específicos.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha definido y detallado los principios generales de la siguiente manera:

- i. La Buena Fe: Principio incorporado en los Artículos 83 de la Constitución Política, 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Lo podemos definir como aquel principio que presume que las actuaciones de las personas son legítimas, exentas de fraude o cualquier otro vicio. Se entiende como el obrar con la conciencia recta, con honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres.

²⁶ En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas solo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad

²⁷ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222. (20, diciembre, 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42156

Por su parte, la doctrina ha definido este principio como

un principio general de derecho y una regla de conducta que ha sido entendida como el obrar con la conciencia honesta, con sentimiento de honradez y lealtad de acuerdo con un estándar aceptado de usos sociales y buenas costumbres. De este principio se deducen, directa o indirectamente, todos los demás deberes, generales o específicos que guían la actuación de los administradores sociales²⁸.

- ii. La Lealtad: Es el actuar recto y positivo que le permite al administrador realizar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa, evitando que en las situaciones en las que se presente un conflicto de intereses se beneficie injustamente a expensas de la compañía o de sus socios. Impone la obligación de actuar de manera franca, fiel, íntegra y objetiva; implica que los actos de los administradores se orienten a la finalidad social y privada de la empresa. En tal sentido, el administrador debe buscar, dentro de sus funciones, las mejores decisiones y opciones que le pueda generar mayores réditos o beneficios a la sociedad que administra.
- iii. La diligencia de un buen hombre de negocios: Este deber consiste en la obligación de cuidado que tiene una persona que ostenta la calidad de Administrador, al cual se le exige más que al común de las personas. Hace relación a que las actuaciones de los administradores no solo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa²⁹.

²⁸ LEGIS, Responsabilidad de los administradores. Bogotá, D.C. 2001 – 2002.

²⁹ COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Guía Práctica para Administradores. [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <[http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/GUIA%20ADMINISTRADO RES%207.pdf](http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/GUIA%20ADMINISTRADO%20RES%207.pdf)>

Por su parte el profesor Reyes Villamizar afirmó lo siguiente:

El nuevo enfoque establece un modelo más exigente desde el punto de vista profesional. Así las determinaciones que adopten los administradores de las compañías deben ser cumplidas con una particular diligencia que implica una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata pues de un patrón de conducta más estricto, que implica una evaluación seria e informada de las principales de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones³⁰.

Este criterio, por el escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha tenido, se ha propuesto modificarlo e introducir el principio de la deferencia al criterio empresarial. El proyecto de reforma al régimen societario presentado en el año 2015 y el cual no prosperó, propuso una redefinición del contexto en que ha de cumplirse la actuación de los administradores bajo las pautas más modernas.

Para ello, se propuso un trasplante de la regla del buen juicio de los negocios estadounidense. Esta regla de conducta se basa en la concepción que ve en la labor de los administradores sociales una función rigurosamente económica, consistente en la asunción razonada de riesgos que puede conducir a la innovación empresarial y a la creación de riqueza. Por ello, la regla implica que los jueces no han de inmiscuirse en las decisiones de negocios adoptadas por los administradores, siempre y cuando que en ellas no medie conflicto de interés o ilegalidad. Se trata de una especie de presunción de hecho según la cual se consideran correctos o válidos los negocios sociales, a menos que estén presentes las situaciones irregulares aludidas. Con base en esta orientación, se estableció en el proyecto de reforma que los jueces respetaran el criterio adoptado por los administradores en la toma de las decisiones relacionadas con el ejercicio de su cargo, siempre y cuando que tales determinaciones correspondan a un juicio razonable y suficientemente informado. Por lo tanto, a menos que se comprobara la mala fe o la violación de la ley o el deber de lealtad, los administradores no

³⁰ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Bogotá, D.C.: Temis, 1996. p.136. ISBN 958-35-0205-7.

serían responsables por los perjuicios que se originaran en sus decisiones de negocios³¹.

La Superintendencia de Sociedades en la circular externa 100-006 del 25 de marzo del 2008, expuso en referencia lo siguiente:

Los anteriores principios imponen a los administradores una conducta transparente y una actividad que vaya más allá de la diligencia ordinaria porque la ley exige un grado profesional, caracterizada por el compromiso en la solución de los problemas actuales y en el aprovechamiento de las oportunidades en curso, por el análisis de la información contable de la compañía y por el diagnóstico del futuro de los negocios sociales, procurando en cada caso satisfacer las exigencias de los mismos, actuando siempre con lealtad y privilegiando los intereses de la sociedad sobre los propios o los de terceros. La Ley 222, adicionalmente impone a los administradores el deber de observar una diligencia superior a la que anteriormente se exigía, en razón a que gestión se desarrolla como gestores de negocios ajenos dentro del tráfico mercantil, con las responsabilidades y consecuencias que de estos aspectos se derivan³².

Dentro de las obligaciones que tiene un administrador está en primer lugar conocer los estatutos sociales, así como el conocer claramente sus funciones y el objeto social de la misma, para actuar conforme a ellos, si actúa contra ellos se presume la culpa en su actuar. Sin embargo, las obligaciones que se le exigen al administrador son medios y no de resultado³³, es decir, que no se le exige al administrador un triunfo o una ganancia específica, simplemente se le exige diligencia para obtenerlas.

³¹ El criterio de deferencia se aborda a profundidad en el capítulo segundo de derecho comparado

³² COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, Circular Externa 100-006 26 de marzo de 2008.

³³ La diferencia entre la obligación de medios y la de resultado es que una obligación de las primeras impone simplemente actuar con diligencia y cuidado mientras la segunda exige el resultado mismo. En una obligación de medios la culpa sería el incumplimiento consistente en no haber tenido la diligencia y cuidados debidos. Mientras tanto, en la obligación de resultado, al deudor no se le permite probar que tuvo diligencia y cuidado para tratar de brindar el resultado pero que no pudo. En ese sentido no es necesario analizar la conducta del deudor que llevó a que incumpliera el resultado, no es necesario hacerle reproche de su conducta anormal como deudor, basta el hecho escueto de la ausencia del resultado, y siempre que sea imputable o causada por el deudor ya hay responsabilidad.

1.1.3. Fuentes de las obligaciones de los administradores

Vistos los deberes que tiene una persona en su calidad de administrador, es importante conocer la fuente de las obligaciones a las que somete. En primer lugar, está la Ley como fuente principal de todas las obligaciones a las que está sujeto un administrador. Después de esta, vienen las siguientes:

- Los estatutos sociales.
- Las ordenes impuestas por un órgano social de mayor jerarquía.
- Las ordenes impuestas por autoridades administrativas o judiciales.
- Las obligaciones adquiridas por contratos³⁴.

1.1.4 Exoneración de responsabilidad:

El segundo inciso del Artículo 24 de la Ley 222 de 1995 (Artículo 200 del Código de Comercio) nos abre la puerta a los casos en los cuales un administrador podría llegar a exonerarse de la responsabilidad que se le imputa. Al respecto, indica el estatuto mercantil: “No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten”.

En ese sentido, es esencial preguntarse si el administrador conoció o consintió la conducta contraria a los deberes del administrador y si efectivamente se ejecutó o si se omitió el cumplimiento de un deber, es decir; acá la problemática no versa sobre si tenían conocimiento o no de los actos, sino de la ejecución de los mismos, pues como vemos un administrador no podría exonerarse de responsabilidad de un acto aduciendo que no tenía conocimiento de los mismos, y sin embargo los ejecutó. En ese caso el administrador seguirá siendo responsable.

1.1.5 Acciones en contra de los administradores.

³⁴ ORTEGA LONDOÑO. Op. Cit., p.24.

1.1.5.1 Acción Social de responsabilidad

La acción social es la acción que puede ejercer la sociedad contra los administradores, con el fin de que estos respondan por todos los daños o perjuicios causados a la sociedad.

Esta acción se define en el Artículo 25 de la Ley 222 de 1995, en los siguientes términos:

La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social. La decisión se tomará por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representadas en la reunión e implicará la remoción del administrador.

Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, ésta podrá ser ejercida por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquiera de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representen por lo menos el cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos. Lo dispuesto en este Artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que correspondan a los socios y a terceros³⁵.

Como se puede observar, el objeto de tal acción es reparar el daño que el administrador causó a la sociedad en la realización de sus funciones y su primera gran consecuencia es la remoción del administrador del cargo que ejerce³⁶.

En principio, la sociedad es la legitimada para interponer dicha acción a través de su representante legal, ya que el objetivo de esta acción es salvaguardar y

³⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 222. (20, diciembre, 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42156

³⁶ Debido a esto, el acta de la Asamblea o Junta de Socios se tendrá que inscribir en el registro mercantil y se deberán registrar los nuevos administradores.

reconstruir el patrimonio de la sociedad. Sin embargo, la sociedad no es la única legitimada para interponer dicha acción ya que también podrían ejercerla los socios, acreedores, directores, administradores e incluso el revisor fiscal. Estas personas actuando en interés de la sociedad podrían ejercerla, si luego de tres meses de haberse tomado la decisión de hacerlo, el representante legal no ha presentado la demanda a nombre de la sociedad³⁷.

Esta acción es de naturaleza contractual, pues entre la sociedad y el administrador hay una relación que los vincula a través de un contrato. Basados en el Artículo 235 de la Ley 222 de 1995, donde se establece un término de prescripción para las acciones penales, civiles y administrativas, podemos decir que el término para el ejercicio de la acción social de responsabilidad será de cinco años. El problema surge porque en dicho Artículo no se establece desde cuándo empieza a correr el término de prescripción, según la doctrina y la jurisprudencia que trata el tema, el término empezaría a correr desde el momento en que el administrador fue removido de su cargo.

1.1.5.2 Acción individual

La acción individual de responsabilidad es el mecanismo o herramienta que tienen los asociados o los terceros frente a los administradores para que les sea reparado o indemnizado el daño que ellos sufrieron directamente³⁸, sea patrimonial, moral, entre otros, por el actuar culposo del administrador. Se trata de una responsabilidad personal del administrador frente a accionistas o frente a terceros y no de una responsabilidad de la sociedad por la actuación de los administradores como órgano social en su nombre. Este medio de control tiene fundamento en el Artículo 2341 del Código Civil, pues el sentido del Artículo 200 del Código de Comercio no es otro distinto que hacer explícito la regla de referencia, que otorgar a los perjudicados o víctimas de perjuicios provocadas por

³⁷ BARRERA VALLEJO y MORA CORREDOR. Op. Cit., p. 50

³⁸ En este caso el perjuicio no fue sufrido por la sociedad sino por los asociados o terceros, individualmente considerados.

el actuar de los administradores un medio de protección directo.

Es importante diferenciar la acción individual de los asociados y de terceros, con el fin de delimitar sus requisitos, términos de prescripción, características, entre otros.

1.1.5.3 Acción individual de terceros

En los eventos en que por la actuación culposa de un administrador, cause un daño o un perjuicio a un tercero, el afectado tendrá la posibilidad de demandar tanto a la sociedad como al administrador para que responda. Solo hay dos eventos en que el tercero podrá ejercer la acción individual directamente frente administrador, para que este responda con su patrimonio:

- Cuando el administrador actúe extralimitando las funciones encomendadas, los estatutos y el objeto social de la empresa.
- Cuando el daño haya sido causado en la ejecución del objeto social o en cumplimiento de lo pactado en los estatutos sociales, pero esta carezca de activos para pagar con el monto de la indemnización³⁹.

Por regla general, se considera que esta acción es de tipo extracontractual, pues el administrador se encuentra vinculado contractualmente con la sociedad pero no con el asociado. Esta acción se llevará en un proceso ordinario ante la jurisdicción ordinaria y tiene una prescripción ordinaria de diez años.

1.1.5.4 Acción individual de socios

Los socios que con ocasión al actuar culposo del administrador, sufrieren un daño o perjuicio directo en su patrimonio, podrán recurrir a la acción individual de responsabilidad con el fin de que dicho menoscabo sea indemnizado. Para que el socio pueda recurrir a esta acción, es necesario que pruebe que sufrió un daño directo en su patrimonio.

³⁹ ORTEGA LONDOÑO. Op. Cit., p.42.

Para que esta acción prospere, al igual que la acción individual interpuesta por el tercero vista en el numeral anterior, será necesario que cumpla con todos los elementos de la responsabilidad (hecho, daño, nexo causal). Por regla general, se dice que esta acción es de tipo extracontractual, pues el administrador se encuentra vinculado contractualmente con la sociedad pero no directamente con el socio o asociado⁴⁰.

Basados en los Artículos 233 y 235 de la Ley 222 de 1995, se establece que esta acción deberá llevarse por medio de un proceso verbal sumario y que tendrá un término de prescripción de cinco años.

1.1.6 El administrador de hecho

Por medio de la Ley 1258 de diciembre del 2008, se creó en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo tipo societario denominado Sociedad por Acciones Simplificada. A pesar de las varias diferencias consagradas para las Sociedades por Acciones Simplificadas, la ley 1258 contempló que ciertos temas deban remitirse a otras normas del Código de Comercio y de la Ley 222 de 1995. Sin embargo, la ley 1258 introdujo una nueva disposición en materia del régimen de responsabilidad de los administradores en su Artículo 27 indicando:

Artículo 27. Responsabilidad de los administradores. Las reglas relativas a la responsabilidad de administradores contenida en la Ley 222 de 1995, les serán aplicables tanto al representante legal de la sociedad por acciones simplificada como a su junta directiva y demás órganos de administración si los hubiere.

Parágrafo. Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores⁴¹.

⁴⁰ Ibíd. p. 41.

⁴¹ Ibíd.

De dicho párrafo, se deriva quizás la primera gran novedad al respecto, y es que no solo el régimen de responsabilidad les aplica a quienes ostenten la calidad de administradores, sino también a quienes por sus actos o funciones cumplan con actividades de gestión, administración o dirección de una sociedad. Esta nueva figura es denominada por la doctrina como El administrador de Hecho.

El doctor Francisco Reyes Villamizar, al respecto ha dicho:

El sistema de administradores de hecho, tomado del derecho comparado norteamericano, apunta a hacerles extensivas las responsabilidades legales aplicables a los administradores a otros individuos que, sin ocupar cargos formales dentro de la compañía, cumplan con actividades positivas de administración o gestión. En el Artículo 27 de la Ley SAS se reguló, de modo explícito, esta figura, mediante una consagración general que le otorga al juez societario suficiente discrecionalidad para definir cuándo procede la calificación respectiva.

La figura del administrador de hecho se introdujo, debido a la circunstancia frecuente en la que los individuos ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de “no administradores”, pueden controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y/o terceros. A pesar de que el ejercicio de una administración “a la sombra” constituye una práctica relativamente frecuente en las sociedades cerradas, la legislación colombiana era silenciosa sobre las consecuencias, muchas veces nocivas, de esta clase de interferencia en la gestión de la empresa social.

Dijo además el profesor Reyes:

Las pautas ya reseñadas pueden servir de base para la adecuada interpretación de esta norma. Así, es fundamental, en primer término, tener en cuenta que no toda actividad desplegada por terceros no administradores puede dar lugar a la declaratoria de administrador de hecho. Así la actividad de asesores, consultores, profesionales externos contratados por la sociedad e incluso accionistas mayoritarios o sociedades matrices, no deben constituirse per se administradores de facto, aunque deban adoptar determinaciones de dirección o gestión de ciertos asuntos en razón de los derechos que les confiere su posición frente a la sociedad. Debe tratarse, por lo tanto, de actos que han de

trascender esas funciones legítimas, para asumir el carácter de verdadera intromisión en los asuntos de la sociedad (...)⁴²

De esta manera, este nuevo concepto de administradores de hecho fue tomado del derecho comparado norteamericano, y se introdujo, debido a la circunstancia frecuente en la que los individuos, ajenos a la administración de la sociedad, amparados en la indemnidad que les da su carácter de no administradores, pudieran controlar la administración de la sociedad y, en no pocas ocasiones, causarle perjuicios a la sociedad, los asociados y/o terceros⁴³. En otras palabras, se buscó responsabilizar aquellos socios mayoritarios o personas externas a la sociedad que pudieran ejercer control o influencia sobre las decisiones de la sociedad y llegaran a inmiscuirse hasta el punto de ser ellos quienes efectivamente decidían el curso del negocio o actividades empresariales, muy a pesar de que la ley y los estatutos sociales hubieran previsto que tales atribuciones y competencias pertenecían a otras personas.

En este marco, es importante realizar un acercamiento al concepto de administrador de hecho y diferenciarlo del administrador de derecho o con título para luego profundizar en los diferentes supuestos en que se puede presentar o aplicar esta figura.

En primer lugar, el administrador de derecho es aquel que ha aceptado el nombramiento efectuado por el órgano social competente, mediante una decisión válidamente adoptada, mientras que el administrador de hecho, es todo aquel que de facto ejerce las funciones o realiza los actos propios del desempeño de dicho cargo sin tener formalizando su nombramiento conforme a las disposiciones

⁴² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. En: Panóptica. Marzo – Junio, 2010. no. 18, p. 237-239.

⁴³ *Ibíd.*

legales⁴⁴. Para que efectivamente se le otorgue a algún sujeto la calidad de administrador de hecho debe cumplir con varios elementos, cuya ocurrencia y magnitud deben ser valoradas por el juzgador (juez) en cada caso en concreto, a partir de los elementos materiales de prueba con los que se cuente.

El primer elemento es la exigencia de que la persona ejercite, de manera efectiva, las funciones propias de administración social, ya sean de aquellas de carácter interno (gestión y gobierno) o externas de representación. Como segundo elemento, está la necesidad de que estas funciones tengan cierta extensión y continuidad en la vida de la sociedad. En este punto, entonces, se necesita demostrar una serie continuada de actos pertenecientes al ámbito propio de la administración social. Adicionalmente, es preciso verificar si el mencionado ejercicio es autónomo, es decir, falto de subordinación a un órgano de administración social⁴⁵. Finalmente, el último de los requisitos es la aceptación, expresa o tácita, por parte de la sociedad de que los actos efectuados son vinculantes para la empresa. Esta última exigencia se deriva del dominio real del administrador de hecho sobre la sociedad, lo que se deduce del hecho de que la sociedad adopte como propio lo decidido o pactado por este. De no existir esta asunción, no habrá dominio social, ni actos de gobierno, sino meras tentativas, que no autorizan a tener a su autor como administrador de hecho.

Así las cosas, la labor judicial no es fácil y el aspecto probatorio juega un papel central, pues solo a partir de los elementos materiales, puede el juez acercarse a la realidad societaria, a efectos de verificar los requisitos que se requieren mencionados para ser administrador de hecho. Ahora bien, como es evidente, las pruebas necesarias para demostrar esta calidad de administrador de hecho difícilmente se muestran abiertamente al público, razón por la cual la prueba

⁴⁴ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David. Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 14, No. 2, (2012); p. 241 – 288.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 272.

indiciaria es esencial en este tipo de conflictos.

Ciertamente no es posible enumerar todas las circunstancias en que se puede presentar la administración de hecho, sin embargo, la jurisprudencia española ha venido desarrollando algunos factores decisivos y recurrentes, que han sido utilizados para atribuir dicha condición. En primer lugar, es frecuente valorar como indicio que la sociedad posea una base familiar, en la que el administrador de hecho ostenta una relación de parentesco que permite presumir una situación de control o superioridad sobre los administradores de derecho⁴⁶.

De la misma forma, se ha identificado como un indicio que el administrador de hecho posea el control o dominio sobre la sociedad derivado de poseer la titularidad de la mayoría de las participaciones sociales. Por último, se considera como indicio el hecho de que el administrador de hecho se presente externamente como administrador de la sociedad o por realizar otra serie de actos que competen a los administradores⁴⁷.

Con la extensión del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho, se equilibró el ejercicio del poder administrador, con independencia de quién ostenta la titularidad formal de éste, y que su exclusión supondría un trato de favor sin fundamento válido. Sin embargo, es evidente que la mayor dificultad práctica radica en definir cuándo se encuentra verdaderamente en presencia de un administrador de hecho. Lo anterior, en tanto desde la perspectiva jurídica, la Ley 222 de 1995 precisa quién es el administrador y cuáles sus funciones, no obstante, en la vida económica, la gestión interna comprende innumerables actuaciones que pueden ser delegadas en mayor o menor medida, y la función de representación se atribuye no solo al administrador, sino también a los apoderados y a otras personas.

⁴⁶ ESPAÑA, AUDIENCIA PROVISIONAL DE VALENCIA, Sentencia del 31 de enero de 2007. Citado por: HERNÁNDEZ MARTÍNEZ Op. Cit., p. 67.

⁴⁷ Ibid

En Colombia, se identifican tres hipótesis respecto de los administradores de hecho, como son: cuando finaliza el término del encargo del director o administrador y éstos ya se han desligado de sus funciones pero continúan apareciendo como inscritos en el registro mercantil; cuando el director o administrador ha presentado renuncia, pero aún no ha sido aceptada y tercero aquellos casos en que la persona que actúa como administrador, sin haber sido designado formalmente, la sociedad tolera su actuación⁴⁸. En la hipótesis en que el término del encargo del director o administrador ya haya finalizado, éstos efectivamente ya se han desligado de sus funciones pero continúan apareciendo como inscritos en el registro mercantil; en pronunciamiento de la Corte Constitucional, ésta estimó que deben ser reemplazados en un término de 30 días.

En efecto, en sentencia C-621 de julio de 29 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad condicionada de los Artículos 164 y 442 del Código de Comercio, por considerar que se desconocen los derechos fundamentales a la libertad de oficio, al libre desarrollo de la personalidad y al hábeas data, cuando la responsabilidad de los representantes y revisores fiscales salientes de sus cargos no tienen un límite temporal y material ya que los funcionarios registrados asumen responsabilidades jurídica frente a terceros, e incluso hacia los mismos socios, que carecen de un título jurídico que las justifique.

Por esta razón, los órganos sociales competentes deben proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento. Así dijo la Corte Constitucional:

Para ellos, es necesario observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos. Si estos no definen un término para el reemplazo “los órganos sociales encargados de hacer el nombramiento

⁴⁸ NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra ed., Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez. 2014, 776 p. ISBN 978-958-749-413-6.

deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del momento de la renuncia, remoción (...) o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos”. A esta solución llegó la Corte Constitucional, aplicando por analogías las normas que regulan la terminación del contrato del trabajo a término indefinido.

Y continuó la Corte Constitucional.

Pasado este término sin que el órgano social competente haya procedido a nombrar y registrar al nuevo representante legal o al revisor fiscal, termina la responsabilidad legal del que deja sus funciones. No obstante, el funcionario saliente debe dar aviso a la Cámara de Comercio respectiva, con el fin de que esa información se incorpore en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad. Si vencido el término de 30 días, y mediando la comunicación del interesado a la Cámara de Comercio sobre la causa del retiro, no se produce y registra el nuevo nombramiento, el revisor fiscal o representante legal saliente “seguirá figurando en el registro mercantil en calidad tal, pero únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos”. Esto sin perjuicio de las acciones que pueda interponer por los daños que la sociedad le haya causado.

Por último, nos preguntamos si la figura de administrador de hecho, que hasta el momento sólo está reconocida normativamente en la Ley 1258 de 2008, puede ser igualmente aplicable a otro tipo de sociedades comerciales como aquellas reguladas por el Código de Comercio.

De acuerdo con Uribe Lozada la respuesta debe ser afirmativa. Lo anterior, en tanto en virtud de lo previsto en el Artículo primero⁴⁹ del Código de Comercio, la ley mercantil, tanto el Código de Comercio, como la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008 (las 3 son expresiones de la ley mercantil), pueden aplicarse en forma analógica cuando no existan normas que regulan expresamente el caso objeto de estudio. Adicionalmente porque la presencia del administrador de hecho

⁴⁹ CÓDIGO DE COMERCIO. Artículo 1º. “Aplicabilidad de la ley comercial. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

es un fenómeno que igualmente se puede presentar en los tipos clásicos societarios lo que implica a que la aplicación extensiva de la norma consagrada en la Ley 1258 de 2008 no vulnera el orden público, sino por el contrario, “se erige en una poderosa herramienta para la efectiva protección de los derechos de terceros”⁵⁰.

En materia de resolución de controversias, con la entrada en vigencia de la Ley 1258 de 2008, se estableció que todos los conflictos relacionados con las sociedades de acciones simplificadas, podrían ser resueltos por la Superintendencia de Sociedades a través de un proceso verbal sumario (proceso de única instancia). En este sentido, la Ley SAS establece un sistema de arbitraje comercial generalizado, en el evento en que las partes así lo decidan o de modo supletorio, ante la Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de facultades jurisdiccionales⁵¹.

⁵⁰ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 59.

⁵¹ Ibíd. p. 213.

CAPÍTULO II: DERECHO COMPARADO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ADMINISTRADORES

A lo largo de las últimas dos décadas, la globalización, el creciente tráfico internacional de bienes y servicios, sumado al comercio electrónico y a los instrumentos que facilitan la actividad comercial, han tomado una importante acogida gracias a la apertura económica de los países, y al desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación e información, lo cual se ha venido manifestado a través de la celebración de acuerdos internacionales como Mercosur, Comunidad Europea, la Comunidad Andina, entre otros.

Estas organizaciones, muchas de ellas supranacionales, declaran la importancia y la necesidad de romper con el paradigma según el cual el derecho se encuentra dividido por los límites establecidos en las fronteras. Hoy en día está siendo integrado y armonizado por aspectos culturales, económicos y jurídicos, es por esto que en la actualidad, el mundo se encuentra frente a una nueva realidad jurídica.

En ese marco, existe una tendencia hacia la consolidación de un sistema jurídico y de múltiples reglas derivadas de fuentes y principios comunes a los diferentes ordenamientos jurídicos, y es por esto que se reconoce la importancia del derecho comparado, entendido como rama jurídica o mejor como herramienta del derecho, que mediante el conocimiento de grandes principios jurídicos obtenidos a través de su historia, como el análisis de la legislación extranjera, busca el fortalecimiento de las leyes nacionales e internacionales y de las instituciones jurídicas. En ese sentido, consideramos pertinente presentar algunos de los aspectos más relevantes en el derecho estadounidense, francés y alemán para dar una visión sobre posibles similitudes y aspectos que podrían tenerse en cuenta.

2.1 Derecho Estadounidense

Para comprender bien las diferencias entre el régimen de sociedades, y por ende el de los administradores, existente en los países del *Common Law*, en contraposición a aquel presente en las naciones de tradición civilista como la colombiana, se hace indispensable estudiar algunos de los principales factores que han contribuido al desarrollo del régimen societario en los Estados Unidos.

En el siglo XX, los jueces norteamericanos empezaron a crear y desarrollar un Derecho Societario flexible y apto para favorecer la creación de mecanismos alternativos de organización. De la misma manera, los diferentes Estados empezaron a sintetizar los desarrollos jurisprudenciales, pues cada estado desarrolló su propio código de sociedades, en cuyo texto se establecieron los procesos de constitución de sociedades y demás procedimientos aplicables⁵².

Hoy en día, el Derecho Societario Estadounidense está basado en un conjunto de principios, desarrollados por el sistema de precedentes judiciales, establecidos por las reglas del *Common Law* y la *equity*⁵³ que son la base sobre la cual se construyen las normas legales, y son aplicables cuando no existe una norma escrita⁵⁴. Allí, la jurisprudencia tiene un papel tan importante que, usualmente para establecer la aplicación correcta de una norma jurídica, se espera a que los jueces se pronuncien sobre su alcance, lo que produce como característica del *Common*

⁵² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea. 4ta ed. Bogotá D.C.: LEGIS, 2013. 494 p. ISBN 978-958-767-047-9.

⁵³ A esto se le llama “decisiones en equidad” y se utilizan cuando no existe otro recurso para el demandante. Este es un claro ejemplo de la flexibilidad y amplitud del sistema desarrollado por el Common Law. Las cortes de la equity introdujeron soluciones diferentes a las pecuniarias, como las “injunction, remedy of specific performance, rectification y rescission. Las ordenes coercitivas (injunctions) y las providencias de ejecución específica de la prestación (specific performance) tienen vital importancia en los casos en los que la indemnización no es un remedio adecuado para establecer el equilibrio de las partes, pues hay ocasiones en que la mejor solución es la obligación de ejecutar la obligación.

⁵⁴El sistema jurídico Estadounidense tiene tres fuentes diferentes: El Common Law, la equity y la legislación escrita.

Law, un mayor grado de incertidumbre y un nivel superior de flexibilidad del sistema⁵⁵.

En los Estados Unidos, es inaplicable la diferencia entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, por lo tanto la mayoría de negocios jurídicos de carácter económico son regulados por una sola rama del Derecho. Esto representa una ventaja practica en el campo de las sociedades, pues no existe una distinción sustantiva ni jurisdiccional, ni tampoco es necesario estudiar la naturaleza de la sociedad para saber cuál es la ley aplicable, contrario a lo que ocurre con el Régimen Societario Civilista continental, y especialmente el Colombiano⁵⁶.

Hay que recordar a su vez, que la estructura Federal de los Estados Unidos, implica la coexistencia de normas de vigencia nacional con las disposiciones emanadas por los Estados de la Unión y por el Distrito de Columbia. Por lo tanto, el Derecho Societario es una combinación de las normas federales y estatales⁵⁷.

Sin embargo, la Constitución tiene una clausula denominada cláusula de comercio (*commerce clause*) que le brinda facultades al poder central para regular todo lo relacionado con el comercio interestatal. Adicional a esta, existe la cláusula denominada cláusula de supremacía (*Supremacy clause*), en virtud de la cual establece que la ley federal es superior a la ley estatal⁵⁸. A pesar de ello, cada uno de los estados conserva sus funciones legislativas y las leyes aplicables en los diferentes estados cumplen un papel importante en el mercado normativo, pues es claro que la más favorable prevalecerá sobre las otras.

Existen a su vez algunas diferencias terminológicas en materia societaria en los países de tradición romano-germánica en comparación con los del *Common Law*; mientras que en nuestro sistema, como lo vimos al principio de este trabajo, todos los tipos lucrativos se clasifican bajo el concepto genérico de compañía o

⁵⁵ REYES VILLAMIZAR. Op. Cit., p 56- 57.

⁵⁶ Ibíd. p. 74-75.

⁵⁷ Ibíd. p. 92-95.

⁵⁸ Ibíd. p. 96.

sociedad, en las naciones del *Common Law*, y específicamente en el régimen Norteamericano, se hace una gran diferencia entre las sociedades de personas y las sociedades de capital⁵⁹. Al respecto, el profesor Reyes Villamizar afirma que; “Esta summa divisio de las formas asociativas obedece no solo a razones históricas, sino también en diferencias en las concepciones económicas y jurídicas que subyacen a tal distinción”⁶⁰.

La sociedad de personas es denominada como *partnership* o *general partnership*, y no cuenta con muchos requisitos legales asociativos pues es mucho más flexible a la hora de constituirla. Su nota determinante aparece en el origen contractual y en el régimen de responsabilidad. Por el contrario, la sociedad capitalista *corporation*, debe cumplir con las formalidades legales y el reconocimiento gubernamental para dar lugar a la separación patrimonial de los accionistas con la sociedad.⁶¹

2.1.1. Sociedades de personas (*Partnership* o *general partnership*)

En las sociedades de personas, los socios actúan bajo el esquema del apoderamiento recíproco *mutual agency*, esto significa que cada uno es mandante y mandatario respecto de los demás asociados⁶², es decir que, todos y cada uno de ellos debe cumplir con el estricto régimen de deberes y responsabilidades que surge del mandante y mandatario debido a la existencia de la relación fiduciaria que se origina entre ambos⁶³.

Esta relación fiduciaria, adquiere una relevancia muy importante, especialmente por el sistema de representación que surge de las relaciones entre mandante y mandatario, pues la posibilidad de que los actos del mandatario vinculen al

⁵⁹ *Ibíd.* p. 108-109.

⁶⁰ *Ibíd.* p. 110.

⁶¹ *Ibíd.* p. 111.

⁶² Según el “Restatement Second of the Law of Agency o R2D” el mandato es una relación de naturaleza fiduciaria, que surge de la manifestación de voluntad efectuada por una persona, a fin de que otra consienta en actuar en su nombre y bajo su control

⁶³ *Ibíd.* p. 116

mandante presuponen la existencia de estrictas pautas de comportamiento que permiten regular las actividades adelantadas por el mismo, en el desarrollo de su encargo o actividad.

En la sociedad de personas, los asociados pueden ejercer el control y la participación directa de la administración de la compañía. Lo anterior implica que su responsabilidad es mucho más amplia, pues los asociados responden de manera solidaria e ilimitada por ciertas obligaciones contraídas por la sociedad⁶⁴, y como se mencionó en el párrafo anterior, las acciones que realice un socio comprometen y obligan a los demás, de acuerdo con el esquema del apoderamiento recíproco⁶⁵.

La Ley Uniforme de Sociedades de Personas (UPA) y su versión mejorada, la Nueva Ley Uniforme (RUPA), consigna un extenso margen de derechos y obligaciones supletivos de la voluntad de los asociados. En la Nueva Ley Uniforme, en su sección 404 se encuentran los deberes fiduciarios de lealtad y cuidado, ordenando así la abstención de conductas negligentes, dolosas o que violen disposiciones legales o estatutarias⁶⁶. De igual manera, se encuentra regulado el deber de lealtad. Sin embargo, solo hace referencia a los conflictos de interés y a la usurpación de las oportunidades de la sociedad. Por otro lado, está la conducta de la buena fe, la cual se predica no solo de los socios sino también de quienes emprendan actividades mercantiles con la compañía.

Existen a su vez, estrictas pautas de revelación de información reguladas en la Ley Uniforme de Sociedades de Personas, que hacen del régimen de responsabilidad sea más estricto y mucho mayor, pues la sociedad está en la obligación de conservar todos los soportes contables en la oficina de administración de la compañía. Con relación a lo anterior, en la sección 403 (c) de

⁶⁴ La Ley Uniforme (RUPA), la cual es la versión revisada de la Ley Uniforme de Sociedades de Personas (UPA), en su sección 306 (a) dispone que “los socios son responsables de manera personal, solidaria e ilimitada por todas las obligaciones contraídas por la compañía, a menos que el reclamante renuncie a ese beneficio o que la ley así lo establezca”.

⁶⁵ *Ibíd.* p. 129.

⁶⁶ *Ibíd.* p. 133.

esta misma Ley se establece que; la información necesaria para que los socios puedan ejercer su derechos y obligaciones legales debe estar siempre a su disposición, haciendo necesaria la participación directa de cada asociado en la gestión administrativa⁶⁷.

2.1.2. Sociedad de Capitales (*Corporation*)

La sociedad de capitales, a diferencia de la sociedad de personas, son una entidad artificial, es decir, un ente jurídico que está dotado de capacidad jurídica para adquirir y enajenar bienes y para realizar actividades de explotación económica, como si fuera una persona natural, y se encuentra compuesto por un número de individuos determinados por el ordenamiento jurídico⁶⁸.

Esta sociedad, por razones obvias, se encuentra regulada de una manera más restrictiva que la sociedad de personas. Sin embargo, la normatividad estadual que se le aplica a ésta en los Estados Unidos, es comparativamente más flexible que la que suele existir respecto de las sociedades anónimas en los países de tradición civilista. Por ejemplo, tienen la posibilidad de indeterminar el objeto social⁶⁹. De la misma manera, a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones de algunos países latinoamericanos, no está requerido la pluralidad de accionistas como requisito esencial de constitución de la sociedad⁷⁰. Por ejemplo, la Ley General de Sociedades del Estado de Delaware en su sección 101 (a) establece que “cualquier persona, sociedad de personas, asociación o sociedad de capitales, individual o conjuntamente con otros y sin consideración a su lugar de

⁶⁷ *Ibíd.* p. 133.

⁶⁸ *Ibíd.* p. 157.

⁶⁹ De acuerdo con la Sección 2.02 de la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital (Revised Model Business Corporation Act, RMBC) no es necesario incluir en el acta de constitución un determinado objeto social.

⁷⁰ *Ibíd.* p. 164.

residencia, domicilio o Estado de constitución, puede formar una sociedad de capitales⁷¹.

Es importante no confundir la sociedad de capital unipersonal con la empresa individual, denominada *sole proprietorship*, donde el empresario individual actúa bajo una estructura simplificada, comprometiendo su responsabilidad personal con las obligaciones derivadas de su actividad.⁷² En cuanto a la administración, los accionistas no tienen la facultad legal de administrar los negocios sociales, estos solo pueden acceder a los órganos de administración y representación de la sociedad si son elegidos según lo establecido en los estatutos sociales.

La junta directiva es un órgano que puede estar integrado por uno o más miembros, y generalmente es designado por un sistema denominado votación acumulativa (*cummulative voting*) que permite la representación proporcional de todas las facciones de accionistas en el órgano de administración. Ello en tanto en algunos estados se tiene un sistema de elección diferente, como el voto mayoritario o el de elección escalonada (*staggered boards*), que prohíbe reemplazar miembros de la junta directiva, mediante la determinación de un número máximo de individuos que pueden ser cambiados anualmente. De manera que si, por ejemplo, el órgano tiene 8 miembros, puede pactarse cada año podrán cambiarse solo dos integrantes del mismo⁷³.

La función principal de la junta directiva es la administración de la sociedad, se encarga específicamente de establecer las directrices económicas y políticas generales de la misma, adicionalmente tienen la responsabilidad de elegir a quienes se encargarán de llevar a cabo los actos de representación y gestión de los negocios de la sociedad. Ahora bien, a diferencia de lo que suele prevalecer en nuestro ordenamiento jurídico, no existe una determinación legal de quien

⁷¹Este requisito de pluralidad de accionistas esta usualmente ligado a las doctrinas contractuales del origen Francés, sin embargo hay que recordar que en año 1985 la legislación francesa le abrió paso a la “empresa unipersonal de responsabilidad limitada”.

⁷² Ibid. p. 165.

⁷³ Ibid. p. 168.

ostenta esta calidad en la sociedad, por lo que genera en ocasiones algunas confusiones, dando como resultado el desarrollo de las reglas generales de lo que denominamos anteriormente como el mandato *agency*⁷⁴.

Ahora bien, existen distintas modalidades de legitimación para actuar en nombre de la sociedad, esta legitimación puede ser aparente o real. La aparente ocurre en aquellos casos en los que la actitud del individuo y de la misma sociedad hace pensar a los terceros que tiene la capacidad para obligar y representar a la compañía. Por su parte, la real significa que, el funcionario está, en verdad, investido de poderes que le permiten actuar en nombre y por cuenta de la compañía. Esta legitimación puede ser expresa o inherente, es decir, que surja de la posición que ocupe el individuo dentro de la jerarquía administrativa de la compañía⁷⁵.

Partiendo de lo anterior, procederemos a tratar el intrincado sistema de deberes y responsabilidades a cargo de los administradores sociales.

2.1.3. Régimen de responsabilidad de los administradores

Las responsabilidades de los administradores no son ilimitadas. La ley define las pautas dentro de las que éstos pueden actuar, límites definidos por los denominados deberes fiduciarios (*fiduciary duties*) los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia y la legislación norteamericana⁷⁶.

Estos deberes señalan una serie de reglas de conductas que deben tener los administradores ante los asociados⁷⁷, cuya base fundamental está en la exigencia de la buena fe de los directores.

⁷⁴ Ibíd. p.169.

⁷⁵ Ibíd. p.170.

⁷⁶ Ibíd. p. 222.

⁷⁷La relación entre los asociados y el administrador se rige, en general, por las normas del mandato (*agency*), pues se considera que los administradores son mandatarios de los accionistas.

2.1.3.1. Regla de la discrecionalidad (*bussiness judgement rule*)

Los tribunales norteamericanos han adoptado la denominada regla de discrecionalidad (*bussiness judgment rule*), la cual establece la autonomía de los administradores en la toma de sus decisiones, siempre y cuando estas obedezcan a un raciocinio adecuado a las circunstancias⁷⁸. Según la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital (*Revised Model Bussines Corporation Act, RMBCA*), específicamente en su Sección 8.30, un miembro de junta tiene la facultad de basarse en información suministrada por empleados o funcionarios de la sociedad cuyo dominio del tema en cuestión sea suficiente a juicio de los administradores.⁷⁹ Esto implica que deben tener como fundamentos de sus decisiones, el concepto emitido por un abogado, contador público u otro profesional que, en criterio del administrador, sea experto en dicho tema. A su vez, este estatuto exoneró de responsabilidad al miembro junta que adopte alguna decisión sobre la base de una recomendación proferida por un comité elegido por la misma junta directiva.

Los tratadistas Easterbrook y Fischel han afirmado la existencia de esta doctrina, pues dicen que la misma responde a los principios económicos fundamentales que sirven de base a las sociedades capitalistas, y a su vez aseguran que en la existencia de la regla de discrecionalidad subyace el reconocimiento de que las ganancias de los inversionistas serían mucho menores si las decisiones de los administradores estuvieran sujetas al escrutinio judicial⁸⁰.

Este mecanismo permite a los administradores tener un ámbito de operación más permisivo, pues el entorno legal norteamericano se ha desarrollado de una manera más flexible, donde las consideraciones monetarias o de carácter

⁷⁸ Ibidem, 223 pag.

⁷⁹ Ibíd. p. 223.

⁸⁰ EASTERBROOK, Frank y FISCHEL, Daniel. *The Economist Structure os Corporate Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. 366p. ISBN 0-674-23539-8. Citado por: REYES VILLAMIZAR, Francisco. *Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea*. 4ta ed. Bogotá D.C.: LEGIS, 2013. p. 223. ISBN 978-958-767-047-9.

económico han conducido a la creación de una legislación o de un régimen societario más tolerante con respecto a las actuaciones de los administradores.

La jurisprudencia Estadounidense se encargó de desarrollar ciertas pautas para la aplicación práctica de la regla de la discrecionalidad, las cuales se compilaron posteriormente en el caso celebre *Shlensky Vs. Wrigley*⁸¹. Estas pautas son:

- a) Los jueces no pueden intervenir en el manejo interno de una sociedad, aunque las decisiones adoptadas por los administradores no hubieren sido las mejores o las más acertadas. Este principio se aplica también en aquellos casos en que un manejo diferente hubiera sido mejor o hubiera podido mejorar la situación financiera de la compañía⁸².
- b) Los jueces no pueden modificar las políticas internas de la sociedad por medio de las sentencias que emitan, esto en base a que los administradores han sido elegidos para seguir y adoptar tales decisiones, y por esto su criterio debe prevalecer, salvo que haya una actuación fraudulenta⁸³.
- c) Los jueces no pueden imponer su criterio en contra del de los administradores sociales que hubieran actuado conforme a la ley en la toma de sus decisiones⁸⁴.

De acuerdo con lo anterior, se puede evidenciar que los jueces deben abstenerse de examinar la decisión tomada por un administrador si no existe una prueba sobre la existencia de una conducta fraudulenta o de actuaciones ilegales por parte del mismo. Hay que tener en cuenta que, la aplicación de esta regla también depende de la jurisprudencia del Estado en que se pretenda su aplicación⁸⁵.

2.1.3.2. Deber de cuidado

⁸¹ ESTADOS UNIDOS, APPELLATE COURT OF ILLINOIS. *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968). Author: Michael J. Sullivan (25, abril, 1968). No. 51,750

⁸² REYES. Op. Cit., p. 224.

⁸³ Ibid. p. 224

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid. p. 226.

Este deber implica, como su nombre lo indica, actuar con cuidado y diligencia en el manejo de los asuntos societarios. En los Principios de Gobierno Societario (*Principles of Corporate Governance*) se estableció que los administradores deberán emplear el cuidado que una persona medianamente prudente aplicaría puesta en una posición semejante y bajo las mismas circunstancias. Esto no implica que la decisión que tome el administrador debe ser acertada, la legislación no exige una obligación de resultados, sino más bien, una obligación de medios, en virtud de la cual el administrador debe poner todo su esfuerzo para lograr que las decisiones administrativas tomadas en la compañía sean adoptadas con pleno conocimiento e información sobre los diversos factores e instituciones que se relacionan con aquellas⁸⁶.

Las consecuencias que pueden resultar de la inobservancia del deber de cuidado son la obligación solidaria por parte de los administradores y una posible reversión judicial⁸⁷.

2.1.3.3 Deber de lealtad

Según la Nueva Ley Tipo de Sociedades de Capital (RMBCA), específicamente en su sección 8.30 establece que los administradores sociales deben actuar según estimen conveniente, de modo de servir los mejores intereses de la compañía. Esto significa que deben abstenerse de participar en actos u operaciones que impliquen un conflicto de intereses en la sociedad.

Ahora bien, aunque no es posible prever todos los casos en que pueda vulnerarse este deber, la doctrina societaria estadounidense se ha encargado de definir unas conductas que por lo general tienen ese efecto, las cuales describimos a continuación:

- Conductas en las que media el interés particular del administrador (*self dealing transactions*)

⁸⁶ Ibid. p. 228.

⁸⁷ Ibid. p. 228.

La violación del deber de lealtad ocurre siempre que en la celebración de un negocio jurídico, se encuentren de modo simultáneo los intereses particulares de los administradores y los de la sociedad. La jurisprudencia y la doctrina se han dado a la tarea de regular situaciones en las cuales se pueda dar esta situación y estas son: (i) operaciones entre dos compañías, de manera que un individuo se desempeñe como administrador de una, a pesar de tener interés económicos en la otra; (ii) actos u operaciones realizados entre una sociedad y sus administradores; (iii) operaciones entre sociedades matrices y subordinadas en las que quien se desempeñe como administrador de las primeras, tenga participaciones de capital en las segundas, y (v) actos u operaciones cumplidos entre sociedades que compartan los mismos administradores⁸⁸.

- Remuneraciones excesivas (*executive compensations*)

El deber de lealtad también puede verse vulnerado como consecuencia de la determinación de honorarios cuya fijación no hubiere sido seguida o fijada bajo criterios racionales por parte de los mismos administradores. En este caso, el conflicto de intereses surge por el detrimento que la sociedad pueda sufrir al fijarse una remuneración excesiva por parte del administrador⁸⁹.

- Usurpación de las oportunidades de la sociedad (*usurpation of corporate opportunity*)

El deber de lealtad es exigible desde el primer momento en que un individuo empieza a ejercer funciones como administrador de una determinada sociedad, es por esto que, todas las oportunidades de negocios que tengan relación con el objeto social, que éste llegue a conocer o que se lleguen a presentar, le pertenecen de manera exclusiva a la compañía⁹⁰.

No obstante, definir lo que en práctica debe considerarse como una oportunidad de negocios perteneciente a una compañía no es tarea fácil. Por esta razón, las

⁸⁸ Ibid. p. 232.

⁸⁹ Ibid. P. 235.

⁹⁰ Ibid. p. 235.

cortes estadounidenses han tratado de relacionar las circunstancias concretas que la configuran, estas son: (i) los administradores no deben competir con la sociedad en negocios que le pertenezcan a esta. Tal circunstancia se deriva en que los esfuerzos de los administradores no deben estar dirigidos a competir con la sociedad, pues los esfuerzos de los administradores deben estar dirigidos a mejorar la situación de la compañía y (ii) No se trata de impedirles a los administradores que realicen negocios por fuera de la sociedad, por lo que deben existir razones de fondo para ello. Esta contradicción entre estas dos premisas favorece la relación entre administradores y sociedad, esto implica que los jueces adopten soluciones que, en la mayoría de los casos, benefician a la totalidad de las partes involucradas⁹¹.

- Uso indebido de información privilegiada (*insider trading*)

Los administradores sociales pueden llegar a conocer información de la sociedad que no es el dominio público, por lo tanto no pueden hacer uso discrecional de la misma, pues se podrían ver perjudicados los intereses de una compañía y sus socios. Es por esto que se considera una violación al deber de lealtad, el uso personal por parte de los administradores de la información privilegiada.

2.2 Derecho Alemán

En el Derecho Alemán se encargaron tempranamente de resolver la problemática de los administradores de sociedades. En el año 1884, se transformaron las normas de derecho societario contenidas en el Código de Comercio "*Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*" e incorporaron la obligación de los administradores de sociedades de ejercer sus funciones con el cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios.

Luego en 1897, fue usada esta misma fórmula por el HGB Código de Comercio Alemán *Handelsgesetzbuch*, el cual permanece con su idéntica redacción a pesar

⁹¹ Ibíd. p. 236.

de las modificaciones realizadas posteriormente por el Derecho Societario Alemán. De la misma manera, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* expedida en 1892, conserva la fórmula del buen hombre de negocios⁹² y a su vez establece claramente en su Artículo 43 que los administradores deberán responder de forma solidaria frente a la sociedad por los daños y perjuicios ocasionados por los administradores que incumplan con sus obligaciones⁹³.

En este orden de ideas, puede afirmarse que el derecho Alemán consagra un régimen de responsabilidad agravado para los administradores de sociedades, en donde la obligación que debe seguir todo administrador societario es la de ejercer sus funciones con el cuidado y la diligencia de un buen hombre de negocios. Lo anterior, porque la imputación se funda en la inobservancia de dicha obligación de conducta, pero adicional a esta fórmula, le agregaron una serie de obligaciones que deben observar únicamente quienes manejan las sociedades.

El concepto del cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios significa, según la ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, lo siguiente:

- El administrador debe cumplir con las leyes, reglamentos, demás normas y los estatutos de la sociedad.
- El administrador debe atenerse a los acuerdos sociales, excepto cuando estos sean ilícitos.

⁹² E. ABDALA, Martín. Régimen de responsabilidad de los Administradores de sociedades en el Derecho Alemán. En: Revista de Derecho, Fundación Universidad del Norte [En Línea]. Ene-jun 2009. no. 3. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972009000100004&script=sci_arttext&lng=en#aff**>

⁹³ IDERLMANN, Bernhard. La responsabilidad del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada alemana en el día a día de la empresa y en caso de crisis e insolvencia de la empresa [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.ahk.es/fileadmin/ahk_spanien/AHK_Spanien_neu/08_Medien/02_Aktuelles_Recht/Actualidad_Juridica/Dr._Idelmann_GmbH-GF-Haftung-Span.-AHK_Madrid_1.Juni2016.pdf>

- El administrador está sujeto al deber especial de lealtad a la sociedad y debe anteponer los intereses de la sociedad sobre los suyos⁹⁴.

Ahora bien, a pesar de que esta fórmula no ha cambiado durante los últimos 100 años, en la actualidad se les exige a los administradores de sociedades mucho más que lo exigido anteriormente, donde simplemente se eximían por demostrar que actuaron con la diligencia y el cuidado de un buen hombre de negocios⁹⁵.

Los deberes que hoy tienen se ha ampliado hasta tal punto, que hoy se podría decir que ellos deben satisfacer una cantidad exorbitante de obligaciones que se derivan del Derecho Civil, como lo son las normas del Derecho Societario, del Derecho Ambiental, del Derecho Laboral, del Derecho de Defensa al Consumidor, entre muchos más.

Es entendible que en ciertos casos, el administrador no tenga conocimiento, por ejemplo, en temas jurídicos o tributarios. En los casos en donde se presente una situación jurídica poco clara, el administrador está obligado a recabar asesoramiento por parte de expertos.⁹⁶ El Tribunal Supremo Federal (BGH) ha establecido expresamente que un administrador que no disponga de los conocimientos especializados necesarios, deberá mantenerse siempre ampliamente informado⁹⁷.

Además de estos deberes legales, entre las propias sociedades, especialmente las cotizantes en las bolsas de comercio, han elaborado una serie de reglas que hacen referencia al buen gobierno corporativo y sirven para mostrarle a la comunidad la transparencia en la administración de la empresa. Estas reglas lo que buscan fundamentalmente es que hayan precisiones en la manera en que los administradores de sociedades deben conducir y manejar la empresa, esto hace

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ E. ABDALA. *Op. Cit.*

⁹⁶ IDERLMANN. *Op. Cit.*

⁹⁷ ALEMANIA, TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO (Bundesgerichtshof, BGH). Sentencia del 18 de junio del 2011, M.P. Kleindiek en Lutter. Citado por: IDERLMANN. *Op. Cit.*

que aparte de estas normas legales hayan también otra serie de obligaciones adicionales para los administradores.

Existe un gran interés en el Derecho Alemán y en general en todos los Derechos Europeos en la denominada *Corporate Compliance*⁹⁸, la cual rectifica el deber de los administradores de cumplir con todas sus obligaciones sin importar de cuál fuente se derivan. Esto es utilizado para evitar que la dispersión y desintegración normativa sirva de excusa para evitar cumplir con alguna de las obligaciones mencionadas anteriormente⁹⁹.

Ante todas estas exigencias y responsabilidades que tiene el Régimen de Responsabilidad de los administradores en el Derecho Alemán, podríamos pensar que cualquier incumplimiento de estas obligaciones sería suficiente para imputarle el deber de indemnizar al administrador, sin embargo existen varias maneras de moderar o limitar esa presunta severidad como la *Business Judgment Rule*, los acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad, y los seguros D & O¹⁰⁰.

2.2.1 Business Judgment Rule

En el derecho anglosajón esta regla es conocida como *Business Judgment Rule*, pero esta hace referencia también a la Regla del buen juicio empresarial o Regla de la discrecionalidad la cual tiene como propósito fundamental limitar la responsabilidad de los administradores. Esta es una regla de origen jurisprudencial Norteamericano¹⁰¹ que, admite un margen de discrecionalidad de los administradores en la toma de decisiones de empresa, de forma que, si estos

⁹⁸ Expresión Anglosajona de difícil traducción, razón por la cual en Alemania, Francia, España, etc. La utilizan sin siquiera traducirla.

⁹⁹ E. ABDALA. Op. Cit.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ El derecho Anglosajón es quien orienta el tráfico jurídico mercantil de las empresas de todo el mundo en el S.XXI, pues tiene una importante utilidad en el ámbito del comercio, se ha encargado de crear varias figuras jurídicas importantes y ha impulsado el desarrollo de otras.

cumplen con los requisitos mínimos exigidos, sus decisiones no pueden ser cuestionadas en una eventual acción de responsabilidad¹⁰².

Alemania introdujo de forma expresa la BJR en el año 2005 en el Artículo 93, numeral 1 de su Ley de Sociedades Anónimas donde dispone que no se viola la obligación del deber de actuar con diligencia de los miembros de la dirección societaria, cuando en el marco de una decisión empresarial, cabe presumir razonablemente que el miembro de la Dirección ha actuado en interés de la sociedad, sobre la base de la información adecuada¹⁰³.

Para aplicar esta regla es necesario que concurren ciertos requisitos, los cuales fueron establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Imperio Alemán *Reichsgericht* y ratificados por el Supremo Tribunal de Justicia de Alemania *Bundesgerichtshof*¹⁰⁴.

De acuerdo con estos requisitos, solo podrá eximirse de responsabilidad bajo la aplicación de la BJR, en aquellos casos en los cuales la decisión que resultó perjudicial para los interés de la sociedad; a) estaba en la esfera de las determinaciones que competen al administrador que los tomó y no se trataba de una imposición legal; b) el administrador actuó con el cuidado y diligencia de un buen hombre de negocios; c) no existía ningún conflicto entre los interesados de la sociedad y los del administrador que pudiera haberlo impulsado a tomar la desventurada decisión.

Para explicar el alcance y los requisitos del mismo, es necesario acudir a los principios jurisprudenciales del *Common Law* Norteamericano. Así pues, esta

¹⁰² SABOGAL, Luis Fernando. El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia?. En: REVISTA e- Mecatoria, Universidad Externado de Colombia [En Línea]. Ene-jun 2012. no. 1. p. 106. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128758>

¹⁰³ ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; y KRAAKMAN, Reinier. The basic governance structure: the interest of shareholders as a class. En: *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. 2da ed., Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 55-87. Citado por: SABOGAL. Op. Cit. p. 144.

¹⁰⁴ E. ABDALA. Op. Cit.

regla consiste en una presunción según la cual, cuando los administradores toman una decisión empresarial lo hacen de manera informada, de buena fe y en el interés de la sociedad, por lo que el juez no podría establecerle una responsabilidad al administrador¹⁰⁵, no obstante si el administrador no actúa bajo estos parámetros, no podrá ser aplicable esta regla¹⁰⁶.

Así pues, en virtud de la BJR las decisiones o conductas adoptadas por los administradores de manera sensata sobre información razonable son válidas y protegidas frente a la sociedad, por eso estas decisiones no pueden ser atacadas por los socios o terceros, sin importar si esa decisión fue o no perjudicial para la sociedad¹⁰⁷.

Es importante precisar que en esta disposición normativa, se establece un estándar objetivo de diligencia (el de un gerente ordenado y leal), y esta presunción implícita, en la práctica judicial, les ofrece a los administradores una gran protección, obedeciendo a que la carga de la prueba recae sobre quién buscar desvirtuar la presunción¹⁰⁸, es decir, en cabeza del demandante¹⁰⁹.

Con base en lo anterior, se podría decir que los requisitos generales para hacer aplicable esta regla, son los siguientes:

- a. Actuar con racionalidad: las decisiones que el administrador tome deben estar motivadas y justificadas.
- b. Actuar de buena fe: la única motivación que puede tener el administrador en sus decisiones es el interés social, no debe haber entonces conflictos de interés de los administradores o transgresión a su deber de lealtad.

¹⁰⁵ La regla no es aplicable en los casos en que el administrador actué con dolo o negligencia, cuando viole el deber de lealtad, de mala fe o incumpla con los deberes legales y/o estatutarios.

¹⁰⁶ SABOGAL. Op. Cit., p. 117.

¹⁰⁷ HAMILTON, Robert W. The Laws of Corporations. 5ta Ed... Minessota: West Publishing Company, 2000. 600 p. ISBN 978-031-424-132-0. Citado por: SABOGAL. Op. Cit. p.117.

¹⁰⁸ Es por la carga de la prueba que muchas demandas de Responsabilidad el administrador por incumplimiento del deber de diligencia terminan siendo desestimadas antes de llegar a juicios, esto porque la prueba recae sobre el demandante.

¹⁰⁹ SABOGAL. Op. Cit. p. 114.

- c. Informarse adecuadamente: el administrador debe actuar de manera informada, es decir, que debe verificar todos los datos e informes posibles.
- d. En caso en que el administrador incumpla con cualquiera de estos requisitos, conducirá a la inaplicación de la regla, y en estos casos la carga de prueba se invierte y recaerá entonces en cabeza del administrador, quien le tocará probar que actuó con la diligencia y el cuidado de un buen hombre de negocios¹¹⁰.

Esta regla es muy útil en muchos sentidos:

- 1. A la hora de ampliar el margen de discrecionalidad del administrador, permite que este adopte decisiones que traen consigo riesgos empresariales razonables, pero que ayudan a potenciar la innovación y el crecimiento de la sociedad.
- 2. Esto garantiza una independencia en la actuación de los administradores, ya que éste no se va a ver continuamente amenazado por aquellas personas que quieren controlar todo en la sociedad.
- 3. El administrador responde en los casos en que sobrepasa los límites de una actuación responsable desde el punto de vista empresarial, esto implica que en la práctica el administrador debe tomar las decisiones tras una meticulosa identificación y un análisis de los hechos y circunstancias¹¹¹.

Sin embargo, hay varios doctrinantes Alemanes que se oponen a la aplicación de esta regla, precisamente por sus orígenes norteamericanos, porque determinan que no todos los países enfocan su economía a defender de manera exclusiva los principios del capitalismo de mercado, y por consiguiente, no todos orientan su organización jurídica en pro de la eficiencia económica. Por otro lado, esta regla no es apropiada para todas las empresas, puede ser óptima para aquellas

¹¹⁰ GUERRA MARTÍN, Guillermo. El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses (su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo). Navarra: Aranzadi, 2006. 656 p. ISBN 978-849-767-102-6. Citada por SABOGAL. Op. Cit. p.127.

¹¹¹ IDERLMANN. Op. Cit.

empresas que participan en mercados altamente competitivos donde son más necesarias las decisiones arriesgadas, mientras que aquellas empresas que actúan en sectores menos competitivos, como el agrícola, podrían preferir que sus directivos actúen de forma más mesurada, teniendo como principal función la conservación del capital, ya que un alto nivel de discrecionalidad por parte del administrador podría ser peligroso para los intereses de la sociedad.

2.2.2 Acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad

Esta es una limitación equilibrada de la responsabilidad que puede conseguirse a través de estipulaciones contractuales entre el administrador¹¹² y la sociedad contrato de administrador o a través de acuerdos sociales¹¹³.

Estas convenciones pueden tener como objeto reducir los plazos de prescripción o imponer límites a las indemnizaciones¹¹⁴, sin embargo hay que tener claro que estos acuerdos solo pueden presentarse frente a las obligaciones resarcitorias que puedan tener los administradores con respecto a la sociedad y a sus accionistas, mas no podrán afectar las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a un tercero¹¹⁵.

2.2.3 Seguros D & O¹¹⁶

Los seguros de responsabilidad civil por daños patrimoniales (seguro *D&O*, *Directors and Officers Liability Insurance*) son un buen instrumento para limitar o morigerar la responsabilidad que pueden acarrear los administradores de sociedades o dicho de mejor manera para trasladar las consecuencias

¹¹² La labor del administrador puede ser aprobada por la junta de socios o mediante un acuerdo de aprobación general celebrado por el administrador y la empresa.

¹¹³ IDERLMANN. Op. Cit.

¹¹⁴ La labor del administrador puede ser aprobada por la junta de socios o mediante un acuerdo de aprobación general celebrado por el administrador y la empresa.

¹¹⁵ E. ABDALA. Op. Cit.

¹¹⁶ En la actualidad se han incrementado los supuestos de responsabilidad en el régimen de responsabilidad civil, por esto se desarrolló un seguro especialmente para el gran desarrollo que se ha venido dando en este tema de administradores, especialmente en el aumento de acciones de responsabilidad contra los administradores interpuestas por los accionistas.

económicas de sus actos a un tercero. Estos seguros son empleados hace mucho tiempo en los EE.UU, y lograron difundirse y establecerse desde los años 90¹¹⁷.

En Alemania específicamente existe el seguro D&O desde 1995¹¹⁸, y es utilizado principalmente para cubrir el riesgo de una imputación de responsabilidad a los administradores de sociedades, entendiendo el termino administradores en sentido amplio, comprendiendo los gerentes, miembros directivos, etc. Este seguro no es contratado únicamente por interés del administrador, pues es en beneficio de la sociedad misma, es por esto que la doctrina admite que sus costos sean asumidos por la sociedad y no por el administrador, precisamente porque el Código Alemán de Gobierno Corporativo habilita expresamente a la sociedad para contratarlo¹¹⁹.

Este seguro pertenece al grupo de los seguros de daños y, en particular al ramo de los seguros de responsabilidad civil profesional, no obstante este seguro no cubre conductas dolosas por parte del administrador, ya que estas conductas rompen con el equilibrio de las prestaciones y destruyen la aleatoriedad del contrato. En cuanto a la maximización de su utilidad, sus objetivos fundamentales son; garantizar una gestión beneficiosa para la empresa sobre la base de una asunción de riesgo adecuado y evitar a su vez que el dinamismo disminuya en los directivos, frente al cuidado necesario en el ejercicio de su actividad.

No podemos olvidar que la responsabilidad de los administradores es una especie dentro de la responsabilidad civil, por esta razón para imputarles a éstos un daño, y la consecuente obligación de indemnizar, deben concurrir los elementos de la teoría de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un acto antijurídico o un hecho dañoso, la presencia de un daño, el nexo causal entre el hecho dañoso y el

¹¹⁷ Ibid

¹¹⁸ IDERLMANN. Op. Cit.

¹¹⁹ PIAGGI, Ana Isabel. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societarios y de la empresa. El seguro D&O y su utilidad como instrumento de gestión societaria. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio23.html>>

daño relación de causalidad, y un factor de imputación¹²⁰. En un capítulo posterior expondremos todo lo relacionado con el aseguramiento de los riesgos derivados de la responsabilidad civil de los directores y administradores.

2.3 Derecho Francés

Como es usual en el ordenamiento jurídico francés, el deber de conducta profesional es más riguroso que el exigido por lo general a cualquier particular. Se espera de los profesionales, entre ellos los administradores, una conducta transparente en el ejercicio de su actividad, en aras de perpetuar la confianza en el tráfico jurídico-económico. Antes de describir el deber de conducta de los profesionales, particularmente los administradores, es importante analizar qué entiende la doctrina francesa por profesional.

Los profesores Le Tourneau y Cadiet¹²¹ asimilan el profesional al comerciante, en la manera en que el empresario o el comerciante son formas en la que se expresa, en términos económicos, la actividad profesional de una persona física, y a su vez se encargaron de fijar unos criterios que permiten adoptar la calidad de profesional, como lo son: la onerosidad, habitualidad, existencia de una organización y experticia.

En otras palabras, según la doctrina francesa, el interés con el que se lleva a cabo una actividad profesional, más la habitualidad de la conducta, sumado a la existencia de una organización y el manejo de una competencia específica en grado que permitan que el individuo maneje los riesgos que le son inherentes, constituyen herramientas que sirven para identificar a un profesional.

¹²⁰ ABDALA E, Martin. La existencia de un acto antijurídico como presupuesto para imputar responsabilidad a los administradores societarios. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agosto 2013. no, 40. p- 39 – 52. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/867/792>>

¹²¹ LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loic. Droit de la Responsabilité. Paris: Dalloz, 1998. 1060 p. ISBN 978-224-703-111-5. Citado por: ARIZA FORTICH, Alma. El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. En: Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2010. no. 34, p 312. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>>.

El profesional debe establecerse como tal, de forma que muestre la apariencia de su calidad, y los terceros lo identifiquen de dicha manera, de modo que se dirijan a él porque consideran útil para ellos esa aptitud. Asimismo, debe dominar la técnica de su trabajo, y por consiguiente, también los riesgos que se derivan del mismo. Es decir que, es un experto en la ejecución de una actividad determinada, y en ello se distingue de un simple operario, ignorante de la técnica.¹²²

Por último, el profesional tiene autoridad sobre quienes ejecutan, como auxiliares o substitutos, el contrato. Por esta razón, es responsable por los hechos que éstos realicen, y por tanto será responsable tanto por el hecho de las cosas que utiliza en la ejecución de su actividad, como por el hecho ajeno sobre quienes tiene autoridad¹²³.

Esta delimitación del concepto de profesional se adapta a quienes son considerados administradores sociales, dado que el administrador actúa en nombre de la sociedad, la cual sería su organización, y ejerce funciones legales y estatutarias propias de su cargo. El administrador forma a su vez, parte del órgano social de la sociedad y de este modo garantiza a los socios, a los terceros y a la sociedad misma la eficacia de una gestión profesional.

Por esta razón, rara vez la responsabilidad del administrador esta puesta en juego, pues quienes contratan con la sociedad, contratan directamente con ella y no con el administrador, de modo tal que se convierte esta en un telón protector del mismo.

Sin embargo, la responsabilidad de los administradores depende directamente de la solvencia económica de la compañía (esta es la regla general salvo falta separable de sus funciones). En caso de crisis económica por parte de la sociedad, será el administrador quien debe responder personalmente, si se

¹²² CELY, Adriana María. La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés En: Revista de derecho privado. 2008. no 15, p 163 – 179.

¹²³ *Ibíd.* p. 166.

reúnen los requisitos para imputarle responsabilidad. Los tribunales franceses para determinar con mayor o menor rigidez su responsabilidad, toman en cuenta el carácter oneroso o gratuito de su labor.

Es importante anotar que la doctrina francesa ha distinguido a los administradores de hecho (*dirigeants de fait*) como aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de no poseer un mandato social, se introducen en el funcionamiento de la compañía para ejercer, con independencia y soberanía, una actividad de administración, gestión y dirección. Esta calificación permite aplicarle a una situación de hecho, unas consecuencias de derecho, como lo son las correspondientes sanciones civiles y penales previstas para los administradores sociales (administradores sociales de derecho)¹²⁴.

Esta figura del administrador de hecho, tiene importancia en los procesos concursales, pues existe una acción llamada acción judicial para completar el activo insuficiente (*action en comblement de l'insuffisance d'activ*) la cual puede interponerse por los acreedores cuando en un proceso concursal se presenta déficit patrimonial de la sociedad concursada. Mediante esta acción se intenta que el juez les exija a aquellos administradores que han actuado indebidamente, pagar los recursos faltantes para completar el activo de la sociedad, y pagar así las deudas sociales. Esta acción se puede intentar contra aquellos que tengan la calidad de administradores y también con personas que no la tengan¹²⁵.

Lo anterior, con base en el Artículo L- 624- 3 del Código de Comercio francés, según el cual, el juez puede proceder a efectuar la calificación de administrador de hecho en relación con personas ya sea naturales o jurídicas que, "(...) a pesar de estar desprovistas de un mandato social, se inmiscuyeren en la gestión, dirección

¹²⁴ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. En: Panóptica. Marzo – Junio, 2010. no. 18, p. 208 – 239.

¹²⁵ Ibid. 237 p.

o administración de una sociedad o que, en forma independiente, hubiere ejercido una actividad positiva de gestión o de dirección”¹²⁶.

Es importante dejar claro que la declaración del administrador de hecho y la aplicación que se le hace de posibles sanciones civiles, administrativas y penales, no excluye la responsabilidad que les corresponde a los administradores de derecho¹²⁷. Ahora bien, el profesional, entre éstos el administrador, se encuentra sometido a unas reglas de conducta específicas debido a la actividad que ejecutan.

Estas reglas los obligan a actuar con particular cautela, ya que se encuentran sometidos a las normas de responsabilidad civil personal como cualquier otro, de no causar daño en desarrollo de una conducta anormal o injustificada. Adicionalmente, deben realizar una acción tendiente a prevenir los daños a las personas con quienes contrata y a los terceros en el ejercicio de su actividad¹²⁸. El administrador debe, además, velar por el respeto a las normas que regulan los contratos, como la propiedad industrial y el medio ambiente.

Los administradores deben entonces, observar ciertos deberes de carácter general, pero también otros específicos de su profesión. Dentro de los primeros, se encuentra el deber general de administrar con diligencia y prudencia. La conducta se analiza en abstracto y en concreto, es decir que la violación del deber de administrar con diligencia, no se mira únicamente de manera abstracta (cumplir o no con el deber de diligencia), sino que se analiza en relación con la violación de los deberes específicos que debe cumplir el administrador, como por ejemplo, el deber de privilegiar siempre el interés social sobre su interés individual¹²⁹.

El administrador debe actuar de acuerdo con el interés de la sociedad, como lo haría un buen hombre de negocios, lo que implica un mayor esfuerzo y exigencia

¹²⁶ CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS. Artículo L- 624- 3, 2005.

¹²⁷ Ibid. p. 238.

¹²⁸ CELY. Op. Cit., p. 165.

¹²⁹ Ibid. p. 167.

en la dirección de los asuntos sociales del que se le exigiría a un buen padre de familia. Adicionalmente, por ser un profesional, la referencia de conducta debe ser aún más rigurosa, pues el buen hombre de negocios puede ser todo comerciante y la visión de profesional trasciende la de comerciante¹³⁰.

El estándar de comportamiento que debe observar el administrador, debe ser el del buen profesional y no sólo el del hombre de negocios prudente y diligente, que funciona para valorar la culpa del comerciante, pues el administrador tiene una responsabilidad más amplia que guarda la confianza de los inversionistas, clientes y público en general. El criterio de buen profesional es más concreto y mucho más genérico que el de buen hombre de negocios; más concreto porque se refiere a cada profesión en particular, pues la diligencia que se le exige al médico no es la misma que se le exige al abogado, y es más genérico porque trasciende la categoría de comerciante e incluye todas las profesiones. Sin embargo, no quiere decir esto que la apreciación de la conducta es exclusivamente en abstracto, pues el modelo de conducta del buen profesional dependerá de la profesión específica y de las circunstancias particulares del caso concreto, como el nivel de experiencia del administrador, sus funciones, la dimensión de la compañía, el carácter oneroso o gratuito del mandato, entre otros¹³¹.

El administrador de sociedades, el cual, como hemos mencionado, es a su vez un profesional, se encuentra sometido a una obligación de medios y no de resultado. Los tribunales toman en cuenta, por un lado, la severidad de la responsabilidad que se deriva de los profesionales, y por el otro, permiten una menor severidad en el juicio de su conducta por el azar propio de su actividad, pues se les permite un margen de error propio de las variaciones del mercado. Esto implica que, el administrador no será responsable cuando globalmente su dirección o gestión ha

¹³⁰ Ibid. p. 168.

¹³¹ Ibid.

sido correcta, es decir, cuando ha actuado de buena fe y con respeto de los usos relativos de su profesión¹³².

Luego de establecer la definición doctrinal de profesional y la explicación del porqué los administradores se encuentran dentro del régimen de responsabilidad de los profesionales, nos parece oportuno e importante, dar una breve explicación a los orígenes de la teoría de la responsabilidad civil de los profesionales en Francia, antes de establecer las obligaciones y los elementos de la responsabilidad civil que recae sobre ellos.

La responsabilidad civil de los profesionales tiene orígenes en la jurisprudencia francesa, la cual se encargó de emitir los principios básicos que fueron luego acogidos por el legislador. Con el tiempo, la jurisprudencia le fue imponiendo deberes cada vez más específicos a los profesionales frente a los clientes, así no hubieran sido expresamente pactados en la relación comercial entre las partes. Se desarrollaron deberes extracontractuales y contractuales; los primeros como la buena fe, la información, la lealtad o la honestidad y los segundos tendientes a garantizar el orden social, y en particular la seguridad de las personas y la confianza en el tráfico económico de bienes y servicios¹³³.

Todos estos deberes y obligaciones surgieron en principio en materia de transporte de personas, cuando la Corte de Casación francesa determinó la obligación de seguridad con el fin de facilitarle la prueba a la víctima, sustrayéndolo del régimen común de responsabilidad extracontractual¹³⁴. La idea fundamental para disponer de una obligación de seguridad en el contrato de transporte, era que el particular confiaba plenamente a un profesional que dominaba por completo la actividad, en la cual existía un peligro para su integridad

¹³² Ibid. p. 169.

¹³³ Ibid. p. 169.

¹³⁴ LARROUMET, Christian. Droit Civil. 6ta ed., Paris: Economica, 2007. p. 612 (Tomo 3). ISBN 978-271-785-404-6. Citado por: CELY. Op. Cit. p. 170.

física¹³⁵. Luego se alargó su campo de aplicación a una multitud de contratos que ya nada tenían que ver con el transporte.

Producto del desarrollo de la jurisprudencia, el legislador comenzó a regular minuciosamente diferentes actividades, como los productos defectuosos, el contrato de venta, el derecho del consumidor, entre otros. En otras palabras, la obligación de seguridad se comenzó a exigir en un gran número de contratos suscritos por profesionales¹³⁶.

En resumen, el régimen de la responsabilidad civil profesional es un régimen autónomo que se caracteriza por la severidad en la apreciación de la conducta del profesional, pues el deber de prudencia y diligencia es más exigente, y por los deberes que, juntos con la obligación de seguridad, constituyen un régimen propio de los profesionales cuyo campo de aplicación es amplio. Esta amplitud se refleja en una responsabilidad que va desde la responsabilidad personal a una responsabilidad objetiva cuando el daño lo produce una cosa o una persona a quien debía controlar o vigilar¹³⁷.

Existen una serie de deberes u obligaciones contractuales que recaen sobre el profesional, dependiendo del contrato, las cuales son más o menos rigurosas de acuerdo con la prestación misma. Asimismo, se mezclan unas con otras, de manera que no se trata de obligaciones claras y con fronteras precisas, sino un conjunto de obligaciones regidas por el principio de lealtad, las cuales describimos a continuación:

2.3.1 La lealtad contractual

El fundamento del principio de la lealtad contractual se encuentra estipulado en el Artículo 1135 del Código Civil francés, según el cual los acuerdos obligan no sólo

¹³⁵ VINEY, Geneviève. Les conditions de la responsabilité. 3ra ed., Paris: LGDJ, 2006. p. 542. 978-227-503-052-4. Citado por: CELY. Op. Cit. p. 170.

¹³⁶ CELY. Op. Cit., p. 170.

¹³⁷ LARROUMET, Christian. Op. Cit., p. 324. Citado por: CELY. Op. Cit. p. 172.

a lo expresado en ellos, sino también a las consecuencias que su naturaleza imponga según los principios de equidad, la costumbre o la ley¹³⁸.

Para Le Tourneau, la lealtad contractual es una idea dinámica¹³⁹, que comprende corolarios como el deber de ejecutar correctamente el contrato, de informar a cabalidad a la contraparte, o de guardar silencio cuando el secreto profesional así lo exija. La lealtad contractual comprende las siguientes obligaciones, particularmente exigibles a los administradores sociales, entendidos como Deberes contractuales:

2.3.1.1 Obligación información

Esta es una de las obligaciones más importantes, en especial para los administradores, pues recae sobre el profesional que celebra acuerdos con un consumidor, sobre las características de la prestación debida, y en particular sobre los elementos que puedan ser peligrosos para el consumidor y que puedan llegar a vulnerar su integridad física. Los accionistas podrían ser equiparados a los consumidores porque, al igual que ellos, tienen derecho a la protección y a la información¹⁴⁰.

Así mismo, el administrador debe ser vigilante de la información requerida y suministrada a los socios, accionistas, demás administradores, y aun a los terceros en caso de emisión o cesión de acciones. El régimen francés le exige por ejemplo a las sociedades que se encuentran inscritas en bolsa, elaborar un documento informativo, que debe ser aprobado por un organismo de control de operaciones en bolsa (COB), donde se indiquen las características de la sociedad y las condiciones de las operaciones de la misma, sirviendo a su vez para fijar el precio en los casos de venta de acciones.

¹³⁸ CELY. Op. Cit., p. 173.

¹³⁹ LE TOURNEAU, Philippe. Responsabilité civile professionnelle. 2da ed., Paris: Dalloz-Sirey, 2005. 166 p. ISBN 978-224-706-354-3365. Citado por: CELY. Op. Cit., p. 174.

¹⁴⁰ CELY. Op. Cit., p. 174.

Sí la sociedad no se encuentra inscrita en bolsa, debe informar de manera completa y veraz al accionista en un documento especialmente redactado para tal efecto, en especial en los casos de cesión de control¹⁴¹. Esto es importante porque los tribunales franceses han sido claros al establecer que el administrador que actúa como intermediario en la venta de acciones, y no informa al cesionario sobre el precio real acordado con el comprador, es responsable y deberá pagar al accionista cesionario la diferencia del valor, así como los demás perjuicios causados¹⁴².

Ahora bien, el administrador también debe ser veraz y claro en las publicaciones que realice de los resultados de fin de ejercicio, de manera que debe llevar siempre de manera adecuada las cuentas de la compañía, para que los socios y accionistas puedan conocer el estado patrimonial de la sociedad. De acuerdo con lo expuesto, es evidente que en Francia, existe un verdadero derecho a la información correlativo al deber de informar del administrador, en cuyo caso de incumplimiento, el administrador podrá ser sancionado. Es así como la Ley del 15 de mayo de 2001 sobre nuevas regulaciones económicas, así como en el Código de Comercio francés en su art. L.238-1, prescriben lo siguiente:

Cuando las personas interesadas no pudieran obtener que se les entregue, remita o permita el acceso a los documentos citados en los Artículos (...) podrán solicitar al presidente del Tribunal que resuelva el procedimiento sumario, para que exija mediante requerimiento al liquidador o a los administradores, gerentes y dirigentes, bajo pena de multa, que dichos documentos sean puestos a disposición (...).

Podrá ejercitar esta acción cualquier persona interesada que no pudiera obtener del liquidador, de los administradores, gerentes o dirigentes, la entrega de un modelo de poder conforme a las normas establecidas (...).

¹⁴¹ Ibid. p. 174.

¹⁴² El Código de Comercio francés también es claro al establecer en su Artículo L141-1 la obligación del vendedor de suministrar información en todo documento que consigne una cesión de un fondo de comercio.

Cuando la demanda sea admitida, la sanción y los gastos de procedimiento correrán a cargo de los administradores, de los gerentes, de los dirigentes o del liquidador encausado.

2.3.1.2 Obligación de confidencialidad

Al ser un administrador social un mandatario, y al encontrarse en un estado de privilegio para conocer información confidencial de la empresa, de los socios y de terceros, está en la obligación de abstenerse de suministrar o divulgar la información privilegiada aún después de haber terminado sus funciones¹⁴³. Los Principios de Unidroit prescriben en su Artículo 2.16, dicho deber de la siguiente manera:

DEBER DE CONFIDENCIALIDAD: si una de las partes proporciona información confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que luego se celebre el contrato. Cuando fuere el caso, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación proporcional al beneficio recibido por el transgresor.

2.3.1.3 Obligación de seguridad ¹⁴⁴

Cada día, la Ley y la Jurisprudencia multiplican las disposiciones tendientes a garantizar la seguridad de las personas, las cosas o el medio ambiente. Por esta razón, los profesionales están en la obligación de ser particularmente prudentes y evitar exponer a sus clientes y a terceros a riesgos que atenten contra su seguridad física. Esa protección es muy clara, especialmente en el derecho laboral, donde el legislador plasmo en el Código Laboral en su Artículo L.230-2 la obligación del empleador de tomar todas las medidas necesarias para garantizar

¹⁴³ Ibid. p. 175.

¹⁴⁴ Hay quienes consideran que esta obligación de seguridad incluida en las obligaciones contractuales no hace parte de la responsabilidad contractual sino de la extracontractual.

la seguridad y la salud de los trabajadores¹⁴⁵, incluso aquellos de carácter temporal¹⁴⁶.

No obstante, el riesgo que tiene el consumidor o el trabajador no es el mismo que tiene un accionista u socio, para quien el riesgo es esencialmente financiero. Pero sí se trata de un socio u accionista de tiempo compartido, podría considerarse un riesgo para su integridad física si las instalaciones que este utiliza o que han sido puestas a su disposición, presentan algún tipo de fallo o de peligro. Por consiguiente, la sociedad debe garantizarle dicha seguridad¹⁴⁷.

2.3.2 Lealtad del contratante profesional

El Artículo 1134 del Código Civil francés establece que todos los acuerdos o contratos deben ser ejecutados de buena fe, y la jurisprudencia lo interpretó como un deber de lealtad en la ejecución del contrato, que implica que ambas partes, no solo el profesional, observen en todas las etapas del contrato un comportamiento íntegro. Este deber de buena fe está integrado por varias obligaciones, descritas a continuación:

2.3.2.1 Obligación de vigilancia¹⁴⁸

La obligación de vigilancia implica que los administradores sociales están en el deber de estar activos y no esperar pasivamente la realización de una gestión eficaz.

2.3.2.2 Obligación de transparencia¹⁴⁹

¹⁴⁵ Este asunto cada vez tiene mayor relevancia en Colombia con el decreto 1072 de 2015 y otras normas más. Muchas de estas obligaciones son de resultado y no de medios, y de manera adicional, al eventualmente presentarse un incumplimiento legal, también existe una presunción de culpa del administrador.

¹⁴⁶ Ibid. p. 175.

¹⁴⁷ Ibid. p. 176.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Ibid.

Los administradores tienen la obligación de actuar con transparencia y en beneficio de la sociedad, por esta razón el Régimen Societario francés ha desarrollado una normativa tendiente a controlar el poder que éstos ejercen para evitar los abusos.

2.3.2.3 Obligación de perseverancia¹⁵⁰

El profesional, y en especial el administrador social, debe hacer frente a las dificultades que se presenten en el cumplimiento de su contrato y en el ejercicio de su actividad, sean estas previsibles o imprevisibles, salvo en casos de fuerza mayor. El administrador debe velar siempre por la correcta toma de decisiones y debe a su vez afrontar los riesgos del mercado que determinarán al final de cuentas, si sus decisiones fueron o no acertadas.

2.3.2.4 Obligación de fidelidad¹⁵¹

El administrador debe ser fiel al interés social y nunca podrá privilegiar su interés personal sobre el interés de la sociedad. Es importante poner de presente el Artículo L241-3¹⁵² del Código de Comercio francés, donde se establecen claramente todas estas obligaciones, descritas a continuación:

Será castigado con dos años de prisión y 375.000 euros de multa:

1º El que atribuya fraudulentamente a una aportación en especie una valoración superior a su valor real;

2º Los gerentes que efectúen entre los socios el reparto de dividendos ficticios, en ausencia de inventario o por medio de inventarios fraudulentos;

3º Los gerentes que hubieran presentado a los socios, incluso en ausencia de todo reparto de dividendos, cuentas anuales que no den una imagen fiel del resultado de las operaciones del ejercicio, de la

¹⁵⁰ Ibid. p. 177.

¹⁵¹ Ibid

¹⁵² FRANCIA, Código de Comercio. Disposición nº 2000-916 de 19 de septiembre de 2000 Artículo 3 Diario Oficial de 22 de Septiembre de 2000, con entrada en vigor el 1 de enero de 2002.

situación financiera y tras la expiración de este período, del patrimonio, con el fin de ocultar la verdadera situación de la sociedad;

4º Los gerentes que hubieran hecho un uso de los bienes o del crédito de la sociedad de mala fe, con pleno conocimiento de que es contrario al interés de ésta, con fines personales o para favorecer a otra sociedad en la que estuvieran interesados directa o indirectamente;

5º Los gerentes que hubieran hecho mal uso, de mala fe, de los poderes que poseen o de los votos de los que disponen con pleno conocimiento de que es contrario a los intereses de la sociedad, para fines personales o para favorecer a otra sociedad o a otra empresa en la que estuvieran directa o indirectamente interesados.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual que recae sobre todo profesional, el administrador tiene la obligación de ser veraz en la información que publica. Tiene el deber de comunicar una información financiera real y autentica sobre el estado de la sociedad y la publicidad no puede ser engañosa. De no cumplir lo anterior, se considerará responsable personalmente. Adicional a lo anterior, el administrador debe velar por la seguridad, particularmente cuando se trata de productos defectos como lo mencionamos anteriormente¹⁵³.

En definitiva, el profesional en el régimen francés está atado a un sistema de responsabilidad propio, el cual se ha venido abriendo y expandiendo con el transcurso del tiempo, el consumismo y la delimitación de los contratos. Su responsabilidad es amplia, pues se encuentra ligado a la consideración de una conducta culposa. Asimismo, puede ser también objetivamente responsable por el desconocimiento de obligaciones específicas de seguridad, por el hecho de las cosas o personas que debe controlar o vigilar. Además, los administradores se encuentran sometidos a la obligación de lealtad reforzada por el interés de la sociedad, que deberá estar siempre por encima del suyo.

¹⁵³ CELY. Op. Cit., p. 178.

CAPÍTULO III SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE DIRECTORES Y ADMINISTRADORES

Terminada la segunda sección de este trabajo, es pertinente analizar el aseguramiento de los riesgos generados por la actividad profesional de los administradores, concretamente bajo el denominado seguro de responsabilidad civil de directores o administradores, más conocido en el mundo de los seguros como el seguro D&O (*Directors and Officers Insurance*).

Los orígenes del seguro de D&O, se remontan específicamente a los años 30 en Estados Unidos, contando con el soporte del mercado de seguros y reaseguros de Londres¹⁵⁴, como mecanismo para hacer frente a los riesgos que recaían sobre el patrimonio de los administradores de las sociedades como resultado de las nuevas regulaciones surgidas con posterioridad al colapso de la Bolsa de Valores de Nueva York en el año 1929¹⁵⁵.

Sin embargo, su expansión por el mundo ha sido relativamente reciente. Esto porque, en gran medida la legislación de muchos países era laxa con los administradores¹⁵⁶. En Colombia este producto fue importado tan sólo a finales del siglo veinte, tras la expedición de la Ley 222 de 1995, a lo cual contribuyó la expedición de la Ley 389 de 1997 que permitió asegurar los riesgos de responsabilidad civil bajo el esquema de reclamaciones presentadas durante la vigencia conocida como *claims made*¹⁵⁷.

Este seguro, es definido por Fernández del Moral como aquel seguro en virtud del cual "(...) el asegurador se obliga, dentro de los parámetros establecidos en la ley y en el contrato, a cubrir el riesgo de nacimiento a cargo del administrador o alto cargo de la S.A. de la obligación de indemnizar a la Sociedad, los accionistas o a

¹⁵⁴ A pesar de haber sido el mercado de seguros Lloyd's la principal fuente de capacidad y cobertura de los seguros de los administradores, la cobertura se ofrecía únicamente para asegurados y sociedades ubicadas en los Estados Unidos.

¹⁵⁵ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 295.

¹⁵⁶ Ibid. p. 293.

¹⁵⁷ Ibid.

terceros, los daños y perjuicios causados por hechos relacionados con su actividad profesional, previstos en el contrato”¹⁵⁸.

El seguro de D&O, al igual que todos los seguros de responsabilidad civil, pretende proteger el patrimonio del asegurado causante del daño, en este caso concreto el administrador, ante el riesgo de que surja una obligación en cabeza del mismo de reparar los perjuicios que con su conducta negligente u omisión le haya podido generar a los socios, a la sociedad misma o a cualquier tercero durante el ejercicio de sus funciones como administrador¹⁵⁹.

En este sentido, se constituye en un mecanismo vital para transferir las consecuencias económicas que se pudieren derivar de la materialización del riesgo de afectación patrimonial al administrador, por las acciones u omisiones derivadas de su cargo.

La influencia actual de los administradores, y por tanto los perjuicios que pueden llegar a ocasionar con sus actuaciones, supera con creces en la mayoría de los casos, la capacidad patrimonial propia de los administradores, haciendo necesaria la constitución de un seguro para garantizar la afectación a la sociedad y a terceros. En este mismo sentido, ningún administrador aceptaría un cargo de alta exposición patrimonial sin tener a su vez la posibilidad de transferir las consecuencias económicas de la materialización de reclamaciones a su cargo.

Por lo tanto, este seguro tiene por objeto amparar a los directores y administradores señalados en la respectiva póliza (que generalmente coinciden con los que la ley reputa como tales), con respecto a las reclamaciones¹⁶⁰ que

¹⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José. El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O). Granada: Editorial Comares, 1998. Citado por: URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 307.

¹⁵⁹ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 306.

¹⁶⁰ Reclamaciones en las cuales se les imputa responsabilidad en el desempeño de sus cargos en la respectiva empresa, por el incumplimiento de sus deberes o falta de gestión respecto de terceros, de la sociedad o sus socios.

sean formuladas directamente contra de ellos durante la vigencia de la póliza y ocurridas con posterioridad a la fecha retroactiva.

La cobertura del seguro se orienta al pago de los daños y perjuicios reclamados, y adicionalmente los gastos u honorarios de los abogados que el asegurado requiera para ejercer su derecho de defensa, el cual se extenderá a sus herederos, legatarios, representantes legales y causa habientes¹⁶¹.

Existen unas coberturas adicionales, las cuales se describen a continuación¹⁶²:

- a) Reclamaciones de carácter laboral presentadas por los trabajadores al servicios de la entidad tomadora.
- b) Gastos de imagen corporativa o por daños a la reputación.
- c) Cobertura para directores retirados.
- d) Costos de defensa por contaminación.
- e) Participación como miembro de junta directiva de entidades sin ánimo de lucro.
- f) Cobertura para calumnia y difamación.

De este contrato de seguro, también se derivan una serie de exclusiones, que son comunes a todos los seguros de responsabilidad civil, se desprenden de su naturaleza y de lo establecido y permitido en la ley como asegurable.

Las exclusiones más destacadas son¹⁶³:

- a) Daños derivados de actos dolosos o intencionados realizados por los asegurados¹⁶⁴.
- b) Daños sobre bienes propios del asegurado o en su persona misma.
- c) Danos causados por hechos fortuitos, ajenos a la voluntad humana.

¹⁶¹ ALLIANZ. Seguro de Responsabilidad Civil para directores y administradores. [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<https://www.allianz.co>>

¹⁶² NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra ed., Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez. 2014, 776 p. ISBN 978-958-749-413-6.

¹⁶³ *Ibíd.* p. 464.

¹⁶⁴ Es importante anotar sin embargo que para el presente caso, la culpa grave no se asemeja al dolo, y por tanto los eventos de culpa grave sí están amparados en la póliza.

d) Responsabilidad contractual excedente legal.

Ahora bien, entre las definiciones que contienen las condiciones de estas pólizas, en algunas ocasiones se expresa que se entiende por reclamo (siniestro) toda comunicación escrita que pretenda acreditar la ocurrencia en un perjuicio o un daño proveniente de un evento o circunstancia amparado bajo la póliza y por hechos amparados bajo la cobertura.

Algunas pólizas con el fin de pretender ser más precisas traen definiciones de siniestro, siguiendo de cerca lo establecido en el Artículo 1072 del Código de Comercio y con las correspondientes adecuaciones. Estipulaciones de este tipo tienen el siguiente tenor: “Siniestro es toda reclamación presentada durante la vigencia de la póliza derivada de la actuación incorrecta de los asegurados, en ejercicio de sus cargos de administradores y que haya causado un daño que dé origen a una responsabilidad civil amparada por esta póliza”.

Adicionalmente, es frecuente encontrar variaciones de la cláusula de siniestros en serie o de unidad de siniestro que pueden responder al siguiente texto: “Constituye un solo siniestro la reclamación o serie de reclamación que se deriven de una misma causa, hecho o circunstancia, es decir de un mismo acto o serie de actos incorrectos, con independencia del número de reclamantes, reclamaciones, personas aseguradas involucradas y legalmente responsables”¹⁶⁵.

Es de suma importancia tener presente que, en caso de reclamo, la póliza contempla una cláusula de cooperación de reclamos y procedimiento que debe seguir el asegurado y que se inicia con el aviso inmediato y por escrito de cualquier reclamo o cuando tenga conocimiento de hechos que pudieren servir de sustento a reclamos contra los directores y administradores, caso en el cual deberán manifestar los hechos que sean de su conocimiento y las personas; y si el reclamo llegare a materializarse posteriormente, se considera como si el reclamo se hubiese presentado dentro de la vigencia de la póliza.

¹⁶⁵ Ibid. p. 537.

A continuación se analizarán los principales aspectos de este seguro, a saber:

3.1 Interés asegurable

El interés asegurable es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, incluyendo los seguros de responsabilidad civil, pues este consiste en cubrir o proteger el patrimonio del asegurado causante del daño o en otras palabras el patrimonio del eventual sujeto civilmente responsable, ante el nacimiento de una obligación a su cargo consistente en la indemnización de los perjuicios o daños que hubiere causado a un tercero y que le sean jurídicamente imputables¹⁶⁶.

De esta manera, se encuentra regulado el interés asegurable en el Artículo 1083 de nuestro Código de Comercio el cual prescribe lo siguiente:

Artículo 1083. Interés asegurable. Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.

Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero.

Dicho interés debe ser lícito y cuantificable en dinero. Para el presente caso, el interés asegurable corresponde al administrador, quien puede sufrir una afectación patrimonial por las reclamaciones derivadas de sus acciones u omisiones.

3.2 El riesgo asegurable

El riesgo asegurable consiste en que surja una obligación indemnizatoria por causa del comportamiento o conducta civilmente censurable a cargo del asegurado causante del daño y por ende se produzca un debito en su patrimonio.

El Artículo 1054 del Código de Comercio lo define de la siguiente manera:

¹⁶⁶ Ibid.

Artículo 1054. Definición de riesgo. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento¹⁶⁷.

Al respecto, es importante recordar que los seguros de responsabilidad civil pueden contratarse bajo la modalidad de cobertura por reclamación a partir de la expedición de la Ley 289 de 1997, y en esta medida se pueden cubrir hechos pasados, siempre y cuando sean subjetivamente inciertos para el tomador-asegurado¹⁶⁸.

Con base en el Artículo 1055 del mismo Código, son in-asegurables en Colombia el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario y cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno¹⁶⁹. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la Ley 45 de 1990 sí es asegurable la culpa grave, razón por la cual; no toda culpa grave se asimila al dolo, y por tanto si podrían ser objeto de aseguramiento.

3.3 Prima

Se constituye en la contraprestación en virtud de la cual, el asegurado asume las consecuencias económicas por la materialización de los riesgos del asegurado. La prima es una de las principales obligaciones asumidas por parte del tomador del seguro, al momento de formalizar el contrato con el asegurador. Particularmente en el contrato de seguros de D&O, la práctica comercial dicta que el tomador del seguro es la organización en la cual los directivos desempeñan sus funciones. No

¹⁶⁷ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial Bogotá, D.C., 1971. No. 33339.

¹⁶⁸ NARVÁEZ BONNET. Op. Cit., p. 310.

¹⁶⁹ COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial Bogotá, D.C., 1971. No. 33339.

es común observar que sean los directivos quienes asuman directamente el costo del aseguramiento de los riesgos que pudieren afectar su patrimonio.

3.4 Principio indemnizatorio

El seguro de D&O debe seguir cabalmente el principio indemnizatorio, como lo hace el seguro de responsabilidad civil, que a su vez está catalogado como un seguro de daños. Este principio está regulado por el Artículo 1089 del Código de Comercio en virtud del cual, el seguro no se encuentra diseñado para enriquecer al asegurado y/o beneficiario del mismo, sino únicamente para reparar y recomponer su patrimonio, el cual se ha visto afectado con ocasión a la materialización del riesgo asegurado que se le denomina siniestro¹⁷⁰.

Por lo tanto, con base en este principio, el asegurador no estará bajo ninguna circunstancia obligado a indemnizar más allá de valor del interés asegurable del asegurado. Además, se debe tener en cuenta que en virtud del Artículo 1077 del Código de Comercio, corresponde solo al asegurado-beneficiario al momento de la reclamación, acreditar tanto la ocurrencia del siniestro como el monto de la pérdida efectivamente sufrida.

Por lo tanto, el valor asegurado resulta el tope máximo de responsabilidad a cargo del asegurador, pero en cada caso concreto sólo deberá indemnizarse la pérdida real sin que dicho monto pueda ser superior al límite asegurado¹⁷¹. Teniendo en cuenta además que no es posible determinar ex ante el valor de exposición del administrador ante una reclamación, no es posible aplicar un infra seguro¹⁷² cuando se presente una desviación entre el valor asegurado y el valor de la reclamación (valor del interés), toda vez que dicha dimensión solo podrá verificarse al momento de materializarse el siniestro.

¹⁷⁰ NARVÁEZ BONNET. Op. Cit., p. 315.

¹⁷¹ Ibíd. p. 318.

¹⁷² Es la situación que se presenta cuando el valor de la suma asegurada, es menor al valor real de los bienes cubiertos

Después de analizar los anteriores aspectos, pasaremos a analizar cada sujeto interviniente en el contrato de seguro, pues en el mismo no se habla únicamente de partes contratantes como en la mayoría de los contratos, sino que se habla de unos sujetos intervinientes que además del tomador y el asegurador existen otros sujetos fundamentales como lo son; el asegurado y el beneficiario¹⁷³, los cuales no siempre coinciden, y a lo cual nos referiremos más adelante, pues contrario de lo que puede presentarse en otros seguros, generalmente en los seguros de D&O el tomador, el asegurado y el beneficiario son diferentes personas.

3.5 Tomador

Según lo indica el Artículo 1037 del Código de Comercio, el tomador es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos al asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, la cual está autorizada para ello según la ley.

Normalmente se acostumbra en los seguros de D&O que el tomador de la póliza, es decir, quien traslada los riesgos del surgimiento de obligaciones en contra del patrimonio de los administradores a la aseguradora, sea la sociedad administrada, por lo tanto es la persona jurídica (sociedad administrada por el administrador) quien en la mayoría de las veces tiene la calidad de tomador del seguro¹⁷⁴. En ese caso, es la sociedad quien debe asumir todas las obligaciones que la ley le exige al tomador del seguro, como la declaración del estado del riesgo y el pago de la prima.

En la práctica, es muy usual que en estos productos de D&O se le llame al tomador, entidad tomadora, pues además es usual que el tomador sea la sociedad administrada. Allí es importante incluir todas las sociedades subordinadas de la

¹⁷³ Adicionalmente puede encontrarse en algunas ocasiones a un intermediario de seguros y a un ajustador.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 406.

misma, es decir a todas las filiales y subsidiarias existentes al inicio de la vigencia del contrato de seguro¹⁷⁵.

3.6 Asegurado

El asegurado es aquella persona que pudiera ver lesionado un interés legítimo por la realización de un riesgo, específicamente en los seguros de responsabilidad y por lo tanto también en los seguros de D&O, serán asegurados aquellos cuyo patrimonio pudiera verse perjudicado por el eventual surgimiento de un débito u obligación indemnizatoria a favor de un tercero, es decir, el administrador o quienes ostenten esta calidad en la sociedad¹⁷⁶.

Los seguros de D&O operan normalmente bajo una modalidad *blanket* en la que amparan cargos y funciones, más que personas y funcionarios. Por lo anterior, es usual que se exprese de manera genérica quienes tendrán el carácter de asegurados, de acuerdo con los términos y condiciones de la póliza, los miembros de la junta directiva y los demás administradores de la sociedad y de las entidades filiales y/o subsidiarias que aparecen mencionadas en la carátula de la póliza. En ocasiones, se deja constancia que bajo la expresión administradores también quedan incorporados los asesores o consejeros independientes que participen en las sesiones de la junta directiva¹⁷⁷.

De manera que, como la póliza ampara las consecuencias de un proceder culposo de tales administradores, para ese efecto, se consideran como asegurado, las personas que durante la vigencia de la póliza tengan el carácter de administradores. Con el fin de obtener una adecuada cobertura en una póliza de este tipo para un grupo empresarial, también es importante revisar muy bien la definición de director y administrador, en el ámbito territorial de la cobertura y en la definición de subsidiaria que contenga la póliza. La definición de director y administrador es importante tenerla en cuenta para que no sólo comprenda a los

¹⁷⁵ Ibid. p. 407.

¹⁷⁶ Ibid. p. 408.

¹⁷⁷ Ibid. p. 411.

miembros de la junta directiva y a los representantes legales, sino a todos aquellos que puedan comprometer los intereses de la sociedad, como gerentes sucursales y agencias y en especial, a los factores o administradores de establecimientos de comercio y a los jefes de división o gerentes de sucursales o agencias.

Igualmente, es recomendable ampliar la definición de compañía subsidiaria para que comprenda no sólo a aquellas en que la entidad tomadora posea una participación en el capital superior al 50%, porque el criterio de subsidiariedad que contempla el Código de Comercio en su Artículo 261 es más amplio que el contenido en la póliza, pues allí se considera como subsidiaria toda sociedad en que otra directamente o por conducto de sus subsidiarias, controle la composición de la junta directiva, o más de la mitad de los votos, o posea más de la mitad del capital social, a la fecha de iniciación de la vigencia de la póliza o que sea incluida como tal en la carátula de la póliza.

Ante los supuestos que plantea la ley, y lo que de hecho pueden presentarse en la praxis, el criterio de subordinación contenido en póliza es insuficiente, porque puede haber una participación nula o minoritaria en el capital social pero de hecho existir una injerencia directa en las determinaciones de otra entidad. Esto ha conducido a que en algunos mercados extranjeros se haga uso del anexo de *outside positions*, en virtud del cual se logra un amparo de carácter global respecto de cualquier empresa, sociedad, unión temporal, fundación, entidad sin ánimo de lucro, asociación gremial u otra.

3.7 Beneficiario

El beneficiario es el titular del derecho a recibir el pago de la prestación indemnizatoria a cargo de la entidad aseguradora, una vez haya verificado el siniestro y el cumplimiento de los requisitos del mismo. Los beneficiarios pueden ser a título convencional, cuando expresamente se designan como tal por el tomador y asegurador al momento de la realización del contrato, o pueden serlo por disposición legal, como ocurre en materia del seguro de responsabilidad en el

cual los beneficiarios son las víctimas¹⁷⁸. Así mismo, en virtud del artículo 1133 del Código de Comercio, al ser un seguro de responsabilidad civil, las víctimas tienen acción directa contra el asegurador¹⁷⁹.

3.8 Aseguradora

El asegurador es la persona jurídica que se obliga a pagar una determinada suma de dinero en caso de la ocurrencia del siniestro o de la materialización del riesgo asegurado, el cual da nacimiento a la obligación condicional en cabeza de la misma. El ordenamiento jurídico colombiano hace necesario que dicha persona sea una persona jurídica, tomando en consideración las características propias de la actividad aseguradora.

El código de comercio en su Artículo 1037, la define de como la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos. Es importante destacar que en el presente seguro, las aseguradoras dan un apoyo constante a los asegurados al momento de materializarse el siniestro.

Es usual observar como la aseguradora y los reaseguradores son amplios en la aceptación de altos honorarios de defensa, con el objetivo de mitigar el impacto de las pérdidas derivadas del evento. Este es un exponente claro de cómo la aseguradora es un aliado fundamental de los asegurados al momento de presentarse un siniestro, en oposición a ser una contraparte frente a la aceptación de su responsabilidad para la atención del mismo.

3.9 Características propias del seguro de D&O

¹⁷⁸ Ibíd. p. 412.

¹⁷⁹ Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa puede en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

- a) Las condiciones del seguro de D&O están definidas en gran parte por el mercado de reaseguros – su base de cobertura opera en la mayoría de los casos por reclamación o sistema *claims made*:

La poca experiencia que tienen las aseguradoras en la suscripción y administración de los seguros de D&O en Colombia, así como por la concentración de dicho conocimiento en pocos actores del mercado que hacen parte en la mayoría de los casos de grandes grupos aseguradores internacionales, las condiciones de cobertura, los clausulados que utilizan y las exclusiones que aplican en las pólizas sean casi totalmente definidos e impuestos por los reaseguradores¹⁸⁰.

El Tratadista Uribe Lozada¹⁸¹ considera lo siguiente;

para la comercialización de los seguros de D&O en Colombia y en España no fue suficiente la implementación de regímenes de responsabilidad civil más estrictos para los administradores, sino que adicionalmente fue necesario que se modificaran las normas relativas al contrato de seguro y se permitiera expresamente para los seguros de responsabilidad civil el uso de estas nuevas y diferentes modalidades de cobertura por reclamación *claims made*.

Dicha modificación mencionada por Uribe, tuvo lugar en Colombia mediante la expedición de la Ley 389 de 1997, que en su Artículo cuarto permitió el empleo de seguros bajo las modalidades por descubrimiento para los seguros de infidelidad y riesgos financieros, y por reclamación para los seguros de responsabilidad civil.

Por lo tanto, para que haya siniestro no es indispensable que el hecho dañoso se produzca durante la vigencia de la póliza. El texto del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997 es el siguiente:

En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el

¹⁸⁰ Ibid. p. 331.

¹⁸¹ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 332.

damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Ahora bien, existen variadas clasificaciones y diferentes modalidades de cláusulas *claims made*, esto depende de la creatividad de los suscriptores y reaseguradores. El profesor Jaramillo¹⁸² hace referencia a las principales que pueden encontrarse en el mercado de seguros y reaseguros Colombiano, a saber;

1. *Claims made* puras (sin periodo de retroactividad): se amparan las circunstancias de responsabilidad civil reclamadas y ocurridas durante la vigencia de la póliza.¹⁸³
2. *Claims made* con retroactividad: se da cobertura aquellas reclamaciones que se presenten en vigencia de la póliza y que tengan su origen en hechos y circunstancias ocurridos durante la vigencia de la misma o con posterioridad a la fecha máxima establecida por el asegurador en las condiciones particulares del seguro. Es decir, que se permite amparar reclamaciones generadas por hechos ocurridos con anterioridad al inicio de la vigencia de la póliza (siempre y cuando los mismos se encuentren dentro del tiempo otorgado)¹⁸⁴.
3. *Claims made* con cobertura prospectivas: cuando se habla de estas coberturas se hace referencia, principalmente a los denominados periodos extendidos de reporte, también llamados termino adicional para notificaciones y a la cláusula de notificación al asegurador de hechos y

¹⁸² JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2011. 832 p. ISBN 978-958-35-0895-0.. Citado por: URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 357.

¹⁸³ URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 361.

¹⁸⁴ Ibid. p. 362

circunstancias conocidas durante la vigencia de la póliza que pudieran dar a una futura reclamación¹⁸⁵.

Vemos entonces como el legislador a la hora de redactar el Artículo cuarto de la Ley 389 de 1997 no fue preciso, y lo hizo de una forma tan abstracta y tan amplia que permitió cualquier tipo de modalidad de cláusula *claims made*, incluyendo por supuesto, aquellas en las cuales se determine que el hecho detonante de la cobertura deba ocurrir y ser reclamado por la víctima a la aseguradora durante el periodo de vigencia de la póliza¹⁸⁶.

b) Existe también una modalidad especial de la Ley 389 de 1997 denominada comúnmente como ocurrencia *sunset*.

Este sistema resulta de la combinación del esquema tradicional de ocurrencia del siniestro con el de reclamación *claims made*. Con base en la lectura del inciso segundo del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997, el profesor Díaz- Granados¹⁸⁷ advierte que “se trata de una nueva modalidad en la cual se exige la conjunción de la ocurrencia del siniestro en vigencia del seguro, es decir del nacimiento del débito en cabeza del asegurado concebido como la manifestación del hecho externo imputable al asegurado o al asegurador en un término preestablecido por las partes que por mandato de la legislación no podrá ser inferior a dos años”.

En este sistema, el siniestro es estrictamente el hecho imputable al asegurado, no la reclamación misma de la víctima, como sí ocurre en los seguros *claims made* o reclamación, por lo tanto al no producirse el reclamo de la víctima o beneficiaria del seguro en el término establecido, se producirá el decaimiento de la cobertura del seguro.

¹⁸⁵ Ibíd. p. 363

¹⁸⁶ Esto no ocurre en las legislaciones Francesas y Españolas, pues sus normas son más restrictivas y establecen unos mínimos de coberturas retroactivas.

¹⁸⁷ DIAZ-GRANADOS ORTÍZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. 1ra ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2006. 542 p. ISBN 958-8225-77-9. Citado por: URIBE LOZADA. Op. Cit., p. 357.

Entre los otros problemas que se han desatado por la falta de claridad de dicha ley, hay quienes creen que esta modalidad de aseguramiento no tiene validez en el sistema colombiano y que no se está atendiendo la finalidad que se buscaba de esta norma.

- c) Las pólizas de seguro de D&O que se comercializan alrededor del mundo, en la mayoría de las ocasiones son traducciones libres de los clausulados que se han utilizado en los Estados Unidos¹⁸⁸:

Esto genera en muchas ocasiones problemas de inadecuación de las pólizas. Por ejemplo, es muy común que la doctrina extranjera haga mención a la denominada cobertura de reembolso de sumas pagadas por la entidad aseguradora. Esta cobertura tiene total sentido en los Estados Unidos porque es común que previo a la aceptación de un cargo como administrador se pacte con la sociedad que ésta asumirá el pago de los gastos de defensa si es demanda en tal calidad, así como también el monto de la indemnización a que sea condenado a pagar. Pero esto no es usual en Colombia, pues no se admite por ley ningún pacto o cláusula mediante el cual se pueda exonerar o limitar la responsabilidad de los administradores por parte de la sociedad tal como se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo.

- d) Este tipo de seguro tiene un carácter colectivo, pues es adquirido por la sociedad o grupo empresarial para proteger a sus directores y administradores de reclamos en que puedan comprometer su responsabilidad civil, quienes para todos los efectos adoptan el carácter de asegurados¹⁸⁹.

Esta circunstancia explica porque en las pólizas, al definir el tomador del amparo, se expresa que es la persona jurídica que se designa como tal en la carátula de esta póliza y en cuyos órganos de administración o gestión participan los asegurados; por lo regular, incluye a todas las sociedades subordinadas

¹⁸⁸ *Ibíd.* p. 332.

¹⁸⁹ NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra ed. Bogotá D.C.:Grupo Editorial Ibañez, 2014. 525 p. ISBN 978-958-749-413-6.

existentes antes del inicio de la vigencia de la póliza que se mencionen en las condiciones particulares de la misma. De igual forma, se consideran como tomadores del amparo, las sociedades subordinadas adquiridas, fusionadas o creadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la póliza, cuyos activos no excedan en más de un veinte por ciento (20%) los activos consolidados de la sociedad matriz, pero bajo el entendido que la cobertura para esas entidades se aplica únicamente a las reclamaciones que tengan como causa uno o varios actos incorrectos incurridos o supuestamente incurridos por los asegurados de dichas sociedades subordinadas después de la fecha de adquisición, fusión escisión o de creación¹⁹⁰.

Ese carácter colectivo del amparo explica la preocupación constante en que directores o administradores inocentes no involucrados en el diligenciamiento de la declaración de asegurabilidad puedan perder el beneficio de la póliza ante reticencias o inexactitudes, conductas fraudulentas o contrarias a la ley de parte de otros directores o administradores con mayor injerencia, participación o influencia en las actividades del día a día de la sociedad. Esto explica porque en la póliza se estipula expresamente consignado que las inexactitudes, reticencias, conductas fraudulentas en la declaración de asegurabilidad no serán aplicadas o extensivas a los directores o administradores inocentes, es decir, a aquellos directores o administradores que no tenía conocimiento de la falta de veracidad o del carácter erróneo de las declaraciones allí contenidos.

De acuerdo con lo presentado, el seguro de D&O, es uno más de los denominados seguros de responsabilidad civil profesional, y por lo tanto comparte una serie de características comunes a todos los seguros de responsabilidad civil, tales como la contratación colectiva, la no diferenciación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, y el amparo de la pérdida patrimonial. Este seguro tiene unas características especiales que lo diferencian de los demás y está ampliamente determinado por las condiciones de las reaseguradoras, por lo tanto,

¹⁹⁰ Ibid. p. 525

se hace necesario conocer y entender sus particularidades para de tal manera realizar un buen uso y adecuación al mercado y las condiciones locales.

CONCLUSIONES

Como resultado de la presente monografía, a partir de un análisis integral del régimen de responsabilidad civil previsto en la Ley 222 de 1995, su comparación con respecto a otros ordenamientos jurídicos y su aseguramiento se pueden presentar al menos las siguientes conclusiones:

- De manera general, el régimen legal de los administradores de sociedades comerciales en Colombia, contenido específicamente en la Ley 222 de 1995, se encuentra actualizado y es asemejable con las regulaciones y prácticas de otros ordenamientos jurídicos en tanto su responsabilidad es cualificada y diferenciable del régimen general.
- La regulación incorporada por la Ley 222 de 1995 ayudó a desarrollar todo un régimen especial de responsabilidad civil para los administradores de sociedades, importante para el país. Este régimen de responsabilidad tiene particularidades que lo hacen diferenciable a los regímenes tradicionales de responsabilidad civil contractual y extracontractual.
- Se trata de un régimen de responsabilidad personal por el hecho o la omisión propia, de carácter subjetivo donde se establece una presunción de culpa cuando se actúa en violación de los estatutos sociales. Así mismo, la responsabilidad de los administradores tiene un carácter solidario e ilimitado, con unas causales específicas de exoneración de responsabilidad adicionales a las contenidas en el régimen general de la responsabilidad civil.
- Con la Ley 222 de 1995, específicamente en su artículo 22, se implementó un criterio amplio para la calificación de administrador, donde no es necesario que sus funciones se encuentren reguladas en los estatutos sociales e inscritos en el registro mercantil.

- El hecho de ostentar la calidad de director o administrador implica cumplir con ciertos deberes para la ejecución de las funciones encomendadas, tales como la actuar con diligencia y cuidado, buena fe y lealtad. Para ellos, la diligencia exigida es una diligencia del buen hombre de negocios, esto es una exigencia mayor a la que requiere normalmente para evaluar criterios de conducta del buen hombre de familia.
- La calidad de administrador en Colombia implica el cumplimiento de deberes similares a los que se exigen en el derecho comparado, tal es el caso de los deberes de lealtad y cuidado presentes en el ordenamiento Estadounidense, el deber de lealtad en el Derecho Francés, o el deber de diligencia del buen hombre de negocios presente en el Derecho Alemán.
- Esta responsabilidad, correlativamente, implica una protección para sociedad, los socios y los terceros afectados por conductas de los administradores que son básicamente los medios de control para exigir la reparación de sus derechos afectados.
- Aunque la ley 222 no ha sido modificada sustancialmente después de ser expedida, se hace extensiva a los nuevos entes societarios, como en el caso de las sociedades por acciones simplificadas. Correlativamente, si bien la ley SAS remite a la Ley 222 de 1995 en materia de responsabilidad, trae consigo nuevas figuras, que por analogía se extienden a las demás sociedades como es el caso del administrador de hecho.
- En los países anglosajones, específicamente en Estados Unidos, se creó la figura de La regla de la discrecionalidad de los negocios (*Business Judgment Rule*) que establece la obligación por parte de los jueces de realizar una calificación de la conducta de los administradores que parte de la base innegable que, los administradores, son sujetos expertos y por ende

profesionales en sus funciones. En ese marco, según esta regla, sus decisiones no pueden ser juzgadas en torno a sus resultados económicos únicamente, sino que deben ser respetadas y consideradas correctas, siempre y cuando los administradores cumplan con los mínimos legales, es decir; que hubieren cumplido cabalmente con su deber de diligencia y hubieren adoptado sus decisiones con base en la buena fe, sin que hubiere mediado interés personal y totalmente informados.

- Esta regla no se encuentra expresamente consagrada en Colombia ni tampoco ha sido desarrollada por la jurisprudencia, no obstante sería un desarrollo muy importante como lo explicaba Reyes Echandía en su proyecto de reforma al régimen de responsabilidad de administradores.
- La inclusión de una regla como la del BJR debería igualmente tener una repercusión en el valor de las pólizas D&O pues al darse mayor seguridad jurídica y autonomía a los administradores, trayendo figuras del derecho comparado, probablemente el siniestro consistente en la responsabilidad del profesional tendrá una probabilidad y una frecuencia de ocurrencia menor. Lo anterior se justifica en tanto los jueces no son expertos en la actividad de administración de empresas y por lo tanto no deben convertirse en administradores de segundo grado a efectos de evaluar la conveniencia de las decisiones que tomen los administradores dentro de la sociedad.¹⁹¹
- A pesar de lo anterior, es importante que el operador judicial tenga en cuenta que la BJR puede no ser apropiada para todas las empresa en tanto si bien es óptima para aquellas empresas que participan en mercados altamente competitivos, donde las decisiones arriesgadas de empresa son más que necesarias en la mayoría de los casos; en aquellas empresas que

¹⁹¹ SAGOBAL, Luis Fernando. El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “regla del buen juicio empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia?. En: *REVIST@ e- Mercatoria*. Junio, 2012. Vol, 11.

actúan en sectores menos competitivos, como por ejemplo, el agrícola, podrían tener un mayor interés en que sus directivos actuaran de forma limitada con miras a la conservación del capital, y en este caso, un alto nivel de discrecionalidad por parte del administrador podría ser peligroso y arriesgado para los intereses de la compañía.

- El seguro de D&O nació en los Estados Unidos en los años treinta, contando con el soporte del mercado de seguros y reaseguros de Londres, como un mecanismo legítimo para hacer frente a los riesgos que enfrentaba el patrimonio de los administradores sociales. Desde sus inicios hasta nuestros días, el seguro de D&O se ha convertido prácticamente en un requisito indispensable para la aceptación de estas funciones.
- El objeto principal del seguro D&O es proteger directamente el patrimonio de los administradores frente a las reclamaciones en las que se vean comprometidos, con ocasión a la ejecución de sus labores como administradores de la sociedad.
- El seguro de D&O, es parte de los denominados seguros de responsabilidad civil profesional, y por lo tanto comparte una serie de características comunes a todos los seguros de responsabilidad civil, tales como la contratación colectiva, la no diferenciación entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, y el amparo de la pérdida patrimonial.
- El seguro D&O no cubre conductas dolosas por parte del administrador, ya que estas conductas rompen con el equilibrio de las prestaciones y destruyen la aleatoriedad del contrato pero si cubre la culpa grave.
- la responsabilidad de los administradores es una especie dentro de la responsabilidad civil, por esta razón para imputarles a éstos un daño, y la consecuente obligación de indemnizar, deben concurrir los elementos de la

teoría de la responsabilidad civil, esto es, la existencia de un acto antijurídico o un hecho dañoso, la presencia de un daño, el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño relación de causalidad, y un factor de imputación¹⁹².

- Además de los seguros D&O es importante analizar figuras que pueden ayudar a los administradores a realizar de manera tranquila sus funciones, en los casos en que los perjuicios son solo para socios o sociedad, sin tener en la mira un posible detrimento de su patrimonio. Entre esas figuras están los acuerdos de limitación o reducción de responsabilidad a través de estipulaciones contractuales o de los acuerdos sociales (Estatutos). Estas convenciones pueden tener como objeto reducir los plazos de prescripción o imponer límites a las indemnizaciones¹⁹³, sin embargo hay que tener claro que estos acuerdos solo pueden presentarse frente a las obligaciones resarcitorias que puedan tener los administradores con respecto a la sociedad y a sus accionistas, mas no podrán afectar las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a un tercero.¹⁹⁴
- Hoy en día, las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia de sociedades, otorgadas por el código general del proceso tienen una importancia muy grande. Al tratarse de decisiones judiciales, van creando al igual que en el derecho americano un conjunto de principios que son la base sobre la cual se podrán resolver casos similares en el futuro.

¹⁹² ABDALA E, Martin. La existencia de un acto antijurídico como presupuesto para imputar responsabilidad a los administradores societarios. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agosto 2013. no, 40. p- 39 – 52. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/867/792>>

¹⁹³ La labor del administrador puede ser aprobada por la junta de socios o mediante un acuerdo de aprobación general celebrado por el administrador y la empresa.

¹⁹⁴ E. ABDALA. Op. Cit.

BIBLIOGRAFIA

- ABDALA E, Martin. La existencia de un acto antijurídico como presupuesto para imputar responsabilidad a los administradores societarios. En: Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agosto 2013. no, 40, p- 39 – 52. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/867/792>>
- ALEMANIA, TRIBUNAL FEDERAL SUPREMO (Bundesgerichtshof, BGH). Sentencia del 18 de junio del 2011, M.P. Kleindiek en Lutter.
- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil. 2da ed. Santiago de Chile: Imprenta Universal. 1981. 716 p.
- ALLIANZ. Seguro de Responsabilidad Civil para directores y administradores. [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<https://www.allianz.co>>
- ARIZA FORTICH, Alma. El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna. En: Revista de Derecho. Universidad del Norte. 2010. no. 34, p 306 – 342. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a12.pdf>>.
- BARRERA VALLEJO, Maria Paula y MORA CORREDOR, Jimena. Aplicabilidad del seguro de responsabilidad civil para directores y administradores en el sector público. Tesis de grado Abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003, 241 p.
- BERMÚDEZ GÓMEZ, Hernando. Auditoría y Control, reflexiones a la luz de la legislación. Bogotá, D.C.: Ediciones de La U, 2016. 617 P. ISBN 978-958-76-2605-6
- CELY, Adriana María. La responsabilidad civil profesional de los administradores de sociedades. Notas sobre el derecho francés. En: Revista de derecho privado. 2008. no 15, p 163 – 179.

- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1258. (05, diciembre, 2008) Por la cual se crea la sociedad por acciones simplificada. Diario Oficial. Bogotá D.C., 2008. No. 47194
- _____. Ley 222. (20, diciembre, 1995) Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá D.C., 1995. No. 42156
- _____. Ley 57 de 1887. (15, abril, 1887). Por el cual se expide el Código Civil. Diario oficial Bogotá, D.C., 1887. No. 45.244
- _____. Ponencia para segundo debate a los Proyectos de ley número 119-93 Cámara acumulados: “por la cual se modifica el Código de Comercio, respecto al Régimen General de Sociedades, Revisoría Fiscal y Procesos concursales” (25, abril, 1995). Gaceta del Congreso, año IV. 1995. No. 61
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-123. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. (22, febrero, 2006). Expediente D-5936. 2006.
- COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Expediente: 05001-3103-016-2001-00007-01. 2011.
- COLOMBIA, PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA. Decreto 410. (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el Código de Comercio. Diario oficial Bogotá, D.C., 1971. No. 33339.
- COLOMBIA, SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Guía Práctica para Administradores. [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://www.supersociedades.gov.co/prensa/publicaciones/Documents/GUIA%20ADMINISTRADORES%207.pdf>>
- _____. Oficio 220-004788 del 1º de febrero del 2007.
- _____. Circular Externa 100-006 del 2008

- CONTRESRAS STRAUCH, Osvaldo. La responsabilidad civil y su seguro (un análisis bajo la perspectiva jurídica de los sistemas del “common law” y del “civil law”) [en línea]. [Reino Unido]: AIDA Mundial, s.f. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <<http://aida.org.uk/pdf/Civil%20Article%20-%20Spanish.pdf>>.
- CUBIDES CAMACHO, Jorge. Obligaciones. 3ra ed. Bogotá, D.C.: Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, 1996. 247 p. ISBN 958-9176-34-8
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. La responsabilidad de los administradores de las sociedades comerciales. En: Revista de Derecho Privado, Universidad de los Andes. vol. 1 (junio, 1986). p. 123 - 141
- CÓDIGO DE COMERCIO FRANCÉS.
- DIRECTOR`S AND OFFICER`S LIABILITY INSURANCE, report by advanced study group. No. 226 of the Insurance Institute of London, October 1986, p. 5 a 13.
- DELGADO Carlos Ignacio et al., Responsabilidad de Directivos. 2da ed. Bogotá, D.C.: Editorial Legis, 2004. 824 p.
- DIAZ-GRANADOS ORTÍZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. 1ra ed. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, 2006. 542 p. ISBN 958-8225-77-9.
- E. ABDALA, Martín. Régimen de responsabilidad de los Administradores de sociedades en el Derecho Alemán. En: Revista de Derecho, Fundación Universidad del Norte [En Línea]. Ene-jun 2009. no. 3. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972009000100004&script=sci_arttext&tlng=en#aff**>
- EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel. The Economist Structure of Corporate Law. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996. 366p. ISBN 0-674-23539-8

- ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; y KRAAKMAN, Reinier. The basic governance structure: the interest of shareholders as a class. En: The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Fuctional Approach. 2da ed., Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 55-87.
- ESTADOS UNIDOS, APPELLATE COURT OF ILLINOIS. Shlensky v. Wrigley, 237 N.E.2d 776 (Ill. App. Ct. 1968). Author: Michael J. Sullivan (25, abril, 1968). No. 51,750
- ESPAÑA, AUDIENCIA PROVISIONAL DE VALENCIA, Sentencia del 31 de enero de 2007.
- FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José. El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O). Granada: Editorial Comares, 1998.
- FRANCIA, Código de Comercio
- GUERRA MARTÍN, Guillermo. El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses (su influencia en el movimiento de reforma del Derecho europeo). Navarra: Aranzadi, 2006. 656 p. ISBN 978-849-767-102-6
- HAMILTON, Robert W. The Laws of Corporations. 5ta ed.. Minessota: West Publishing Company, 2000. 600 p. ISBN 978-031-424-132-0
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, William David. Los supuestos de aplicación del administrador de hecho: un análisis del caso español a propósito de la sociedad por acciones simplificada. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Vol. 14, No. 2, (2012); p. 241 – 288.
- IDERLMANN, Bernhard. La responsabilidad del administrador de la sociedad de responsabilidad limitada alemana en el día a día de la empresa y en caso de crisis e insolvencia de la empresa. [En Línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.ahk.es/fileadmin/ahk_spanien/AHK_Spanien_neu/08_Medien/02_Aktuelles_Recht/Actualidad_Juridica/Dr._Idelmann_GmbH-GF-Haftung-Span.-AHK_Madrid_1.Juni2016.pdf>

- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. Derecho de seguros. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., 2011. 832 p. ISBN 978-958-35-0895-0.
- LAGUADO GIRARLDO, Darío. La responsabilidad de los Administradores. En: Vniversitas. Octubre, 2004. Vol. 54. no 108, p. 225-279.
- LARROUMET, Christian. Droit Civil. 6ta ed., Paris: Economica, 2007. 608 p (Tomo 3). ISBN 978-271-785-404-6
- LE TOURNEAU, Philippe y CADIET, Loic. Droit de la Responsabilité. Paris: Dalloz, 1998. 1060 p. ISBN 978-224-703-111-5
- LE TOURNEAU, Philippe. Responsabilité civile professionnelle. 2da ed., Paris: Dalloz-Sirey, 2005. 166 p. ISBN 978-224-706-354-3
- LEGIS, Responsabilidad de los administradores. Bogotá, D.C. 2001 – 2002
- LÓPEZ ARANGO, Maria Alejandra & TORO HINCAPIE, Lina Marcela. Responsabilidad sin culpabilidad para los administradores societarios. Medellín, 2015, 75 p. Tesis (Derecho). Universidad EAFIT. Escuela de Derecho.
- NARVÁEZ BONNET. Jorge Eduardo. El contrato de seguro en el sector financiero. 3ra ed., Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez. 2014, 776 p. ISBN 978-958-749-413-6.
- NARVÁEZ GARCÍA, José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Teoría General de las Sociedades. 9na ed., Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., 2004, 483 p (Tomo 3). ISBN 958-653-3085.
- NAVAS HERRERA, Maria Fernanda y PALACIOS BAUTISTA, Juliana. Aseguramiento de la Responsabilidad Civil de Administradores y Directores en el Derecho Privado Colombiano. Tesis de grado Abogado. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas, 2000, 163 p.
- ORTEGA LONDOÑO, Mónica Patricia. Responsabilidad Civil de los Administradores en las sociedades comerciales. Trabajo de grado

Especialización en Derecho Comercial. Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2009, 48 p.

- PIAGGI, Ana Isabel. IX Congreso Argentino de Derecho Societario y V Congreso Iberoamericano de Derecho Societarios y de la empresa. El seguro D&O y su utilidad como instrumento de gestión societaria. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho [En línea]. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: <http://www.catedra-piaggi.com.ar/biblio/biblio23.html>>.
- PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. El buen hombre de negocios y la crisis de la empresa. En: Nuevos retos del derecho mercantil. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2000.
- RENGIFO, Ramiro. Personas jurídicas de derecho privado. 1ra ed. Medellín: Señal Editora, 2012. 299 p. ISBN 978-958-8489-23-7
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho societario en Estados Unidos y la Unión Europea. 4ta ed. Bogotá D.C.: LEGIS, 2013. 494 p. ISBN 978-958-767-047-9.
- _____. Derecho Societario. 2da ed. Bogotá, D.C.: Editorial Temis, 2007. 912 p (Tomo I). ISBN 978-958-35-0584-3.
- _____. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Bogotá, D.C.: Temis, 1996. 506 p. ISBN 958-35-0205-7.
- _____. Responsabilidad de los Administradores en la Sociedad por Acciones Simplificada. En: Panóptica. Marzo – Junio, 2010. no. 18, p. 208 – 239.
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio. Responsabilidad de los Administradores de Sociedades. En: Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Noviembre, 1998. no. 312, p. 40-93.
- SABOGAL, Luis Fernando. El margen discrecional de los administradores en Colombia: ¿Es aplicable la “Regla del Buen Juicio Empresarial” [Business Judgment Rule (BJR)] en el ámbito de su deber de diligencia?. En: REVIST@ e- Mecatoria, Universidad Externado de Colombia [En Línea].

Ene-jun 2012. no. 1. p 102 – 163. [Citado 20 mayo 2017]. Disponible en Internet: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128758

- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. 2da ed., Bogotá D.C.: Legis Editores S.A.. 2007. 1460 p (Tomo 1). ISBN 978-958-653-558-8.
- TRONCOSO, María Isabel El principio de precaución y la responsabilidad civil. En: Revista de derecho privado, No 18 2010, p 205 a 220.
- UNIDROIT (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW). PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES, 2010.
- URIBE LOZADA, Nicolás. El régimen general de responsabilidad civil de los Administradores de sociedades y su aseguramiento. 1ra ed. Bogotá, D.C.: Grupo Editorial Ibáñez, 2013. 562 p. ISBN 978-958-749-264-4.
- VINEY, Geneviève. Les conditions de la responsabilité. 3ra ed., Paris: LGDJ, 2006. 1397 p. ISBN 978-227-503-052-4